3 3433 00865382 0

Digitized by Google

Digitized by Google

XHK
Gierk

Digitized by Google

Digitized by Google

Gierke
VHH

309339

Binding: Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft.
II. III. 2.

Deutsches Privatrecht.

Von

Otto Gierke.

Zweiter Band.

Sachenrecht.

Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1905.

Das Verzeichnis der bisher erschienenen Bände dieses Handbuchs ist umstehend abgedruckt.

Digitized by Google

Verlag von DUNCKER & HUMBLOT in Leipzig.

Systematisches Handbuch
der
Deutschen Rechtswissenschaft.

Herausgegeben von **Dr. Karl Binding,** Professor in Leipzig.

Von dem Handbuche sind bisher erschienen:

Handbuch des Strafrechts. Von Prof. Dr. *Karl Binding.*
Erster Band. XXII, 927 S. 1885. Preis 20 M.; geb. 22 M. 50 Pf.

Deutsche Rechtsgeschichte. Von Prof. Dr. *Heinrich Brunner.*
Erster Band. XII, 412 S. 1887. Preis 9 M. 60 Pf.; geb. 12 M. 10 Pf.
Zweiter Band. XI, 762 S. 1892. Preis 17 M.; geb. 19 M. 50 Pf.

Versicherungsrecht. Von Prof. Dr. *Victor Ehrenberg.*
Erster Band. Mit einem Sachregister. XII, 536 S. 1893. Preis 12 M.; ge 14 M. 50 Pf.

Deutsches Privatrecht. Von Prof. Dr. *Otto Gierke.*
Erster Band XXXII, 897 S. 1895. Preis 20 M ; geb. 22 M. 50 Pf.
Zweiter Band. XLVI, 1021 S. 1905. Preis 23 M.; geb. 26 M.

Handbuch des Strafprozesses. Von General-Prokurator Dr. *Julius Glase*
Erster und zweiter Band.
Erster Band. XVI, 756 S. 1883. Preis 16 M.; geb 18 M. 50 Pf.
Zweiter Band. XII, 602 S. 1885. Preis 13 M. 60 Pf.; geb. 16 M. 10 P

Wechselrecht. Von Prof. Dr. *C. S. Grünhut.*
2 Bände. XVI, 478 u. XIII, 594 S. 1897. Preis 22 M.; geb. 27 M.

Deutsches Staatsrecht. Von Prof. Dr. *Albert Hänel.*
Erster Band: Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewal XIV, 856 S. 1892. Preis 19 M.; geb. 21 M. 50 Pf.

Institutionen des Deutschen Privatrechts. Von Prof. Dr. *Andreas Heusle*
Zwei Bände.
Erster Band. XI, 396 S. 1885. Preis 8 M. 80 Pf.; geb. 11 M. 30 Pf.
Zweiter Band. XII, 670 S. 1886. Preis 12 M.; geb. 14 M. 50 Pf.

Geschichte der Literatur und Quellen des Römischen Rechts. Vo Prof. Dr. *Paul Krüger.*
Ein Band. VIII, 395 S. 1888. Preis 9 M.; geb. 11 M. 50 Pf.

Deutsches Verwaltungsrecht. Von Prof. Dr. *Otto Meyer.*
2 Bände. XIV, 482 u. VI, 485 S. 1895. 96. Preis à 11 M.; geb. à 13 M. 50 P

Abrifs des römischen Staatsrechts. Von Prof. Dr. *Th. Mommsen.*
Ein Band. XV, 363 S. 1893. Preis 8 M. 40 Pf.; geb 10 M. 90 Pf.

Römisches Strafrecht. Von Prof. Dr. *Theodor Mommsen.*
Ein Band. XXIV u. 1078 S. 1899. Preis etwa 24 M.; geb. 27 M.

Pandekten. Von Prof Dr. *F. Regelsberger.*
Erster Band XVIII, 717 S. 1893. Preis 16 M.; geb 18 M. 50 Pf.

Deutsches Konkursprozefsrecht. Von Prof. Dr. *Lothar Seuffert.*
Ein Band. XX, 483 S. 1899. Preis 11 M.; geb. 13 M. 50 Pf.

Kirchenrecht. Von Prof. Dr. *Rudolph Sohm.*
Erster Band: Die geschichtlichen Grundlagen. XXIV, 700 S. 1892. Prei 16 M.; geb. 18 M. 50 Pf.

Handbuch des Deutschen Civilprozefsrechts. Von Prof. Dr. *Adolf Wach*
Erster Band. XVI, 690 S. 1885. Preis 15 M. 60 Pf.; geb. 18 M. 10 Pf.

Handbuch des Seerechts. Von Prof. Dr. *Rudolf Wagner.*
Erster Band. XI, 456 S. 1884. Preis 10 M.; geb. 12 M. 50 Pf.

Digitized by Google

Digitized by Google

Systematisches Handbuch

der

Deutschen Rechtswissenschaft.

Unter Mitwirkung

der Professoren **Dr. H. Brunner** in Berlin, **Dr. V. Ehrenberg** in Göttingen, **Dr. O. Gierke** in Berlin, des General-Procurators **Dr. J. Glaser**, früher in Wien, der Professoren **Dr. C. S. Grünhut** in Wien, **Dr. A. Haenel** in Kiel, **Dr. A. Heusler** in Basel, **Dr. P. Krüger** in Bonn, **Dr. F. v. Martitz** in Berlin, **Dr. O. Mayer** in Leipzig, **Dr. A. Mendelssohn Bartholdy** in Leipzig, **Dr. L. Mitteis** in Leipzig, **Dr. Th. Mommsen**, früher in Berlin, **Dr. F. Oetker** in Würzburg, **Dr. M. Pappenheim** in Kiel, **Dr. F. Regelsberger** in Göttingen, **Dr. Lothar Seuffert** in München, **Dr. R. Sohm** in Leipzig, **Dr. E. Strohal** in Leipzig, **Dr. A. v. Tuhr** in Strafsburg, **Dr. A. Wach** in Leipzig, **Dr. R. Wagner**, früher in Leipzig,

herausgegeben von

Dr. Karl Binding,

Professor in Leipzig.

Zweite Abteilung, dritter Teil, zweiter Band:

Otto Gierke: Deutsches Privatrecht. Zweiter Band.

Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1905.

Digitized by Google

Deutsches Privatrecht.

Von

Otto Gierke.

Zweiter Band.

Sachenrecht.

Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1905.

Digitized by Google

Das Recht der Übersetzung bleibt vorbehalten.

Piererscha Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Digitized by Google

Vorwort.

Erst nach einem Jahrzehnt folgt dem ersten Bande meines Deutschen Privatrechts dieser zweite Band, der das Sachenrecht enthält. Die Verzögerung erklärt sich daraus, dafs das fast schon fertiggestellte Werk einer gründlichen Umarbeitung unterzogen werden mufste, um nach Kräften der Aufgabe gerecht zu werden, die ihm aus der inzwischen eingetretenen grofsen Rechtsumwälzung erwuchs. Dieser Umstand mag auch für manche Mängel der Arbeit als Entschuldigung dienen. Nicht überall werden die Spuren eines anderen Rechtszeitalters getilgt, nicht durchweg wird die Ausgleichung zwischen Altem und Neuem gelungen sein. Doch müfste heute, wer nur vorlegen wollte, was in jedem Teil den Anforderungen des Augenblicks entspricht, auf die Veröffentlichung einer umfassenderen rechtswissenschaftlichen Arbeit überhaupt verzichten. Denn bei dem Geschwindschritt, in dem jetzt Gesetzgebung, Theorie und Praxis vorwärts eilen, müfste er an das Ende jeder Durcharbeitung stets wieder den Anfang neuer Bearbeitung knüpfen.

Am wenigsten konnte ich daran denken, bei der Darstellung des neuen bürgerlichen Rechts erschöpfend zu verfahren. Dem Zwecke dieses Buches gemäfs sind die einzelnen vom bürgerlichen Gesetzbuch geschaffenen Rechtsgebilde je nach ihrem engeren oder loseren Zusammenhange mit dem germanischen Recht ausführlicher oder flüchtiger behandelt. Darüber hinaus aber mufste ich mir in der Erörterung von Einzelfragen und in der Heranziehung der überreichen Literatur auch manche unerwünschte Beschränkung auferlegen, um ein weiteres Anschwellen des ohnehin das gesetzte Mafs überschreitenden Umfanges dieses Bandes zu vermeiden.

Indessen wird, wer die Gröfse der gestellten Aufgabe erwägt, die Unvollkommenheiten ihrer Lösung nachsichtig beurteilen. Ist aber nicht überhaupt, was hier unternommen ist, ein unzeitgemäfses und unfruchtbares Bemühen? Empfing doch ein Rezensent den ersten Band dieses Werkes mit den Worten: Morituri te salutant!

Digitized by Google

Hatte er richtig gesehen? Hat beim Anbruch des 1. Januar 1900 dem deutschen Privatrecht die Totenglocke geläutet? Und wird, wenn nun dennoch eine Fortsetzung erscheint, man ihr zurufen müssen: Umsonst, du weckest die Toten nicht!?

Ich habe im Vorwort zum ersten Bande der Zuversicht Ausdruck gegeben, dafs kein wie immer beschaffenes Zukunftsrecht imstande sein werde, den germanischen Rechtsgedanken in unserem Privatrecht zu ertöten und so der germanistischen Rechtswissenschaft den Beruf zur Mitarbeit am Rechte der Gegenwart zu rauben. Heute darf ich die Überzeugung aussprechen, dafs mit der Umgestaltung unseres Privatrechts vielmehr die lebendige Kraft unseres ureignen Rechts gewachsen und die Bedeutung germanistischer Durchdringung des geltenden Rechts erhöht ist. Das bürgerliche Gesetzbuch hat nicht nur eine Fülle von kerndeutschem Recht unberührt gelassen. Es hat auch, so wenig es die Hoffnungen auf ein echt volkstümliches Recht erfüllt hat, doch zu seinem eignen Aufbau in sehr viel reicherem Mafse, als nach dem ersten Entwurfe zu erwarten stand, deutschrechtliche Bausteine verwandt. So ist denn die nach geschichtlichem Herkommen unter dem Namen des „deutschen Privatrechts“ begriffene wissenschaftliche Aufgabe zum Teil freilich erledigt, zum Teil aber in eine höhere Aufgabe übergegangen. Denn es gilt nun vor allem, die germanischen Grundbestandteile unseres neuen einheitlichen Rechtes aufzuzeigen, das Verständnis des geltenden Rechts durch den Nachweis seines Zusammenhanges mit dem nationalen Rechte der Vergangenheit und die Verfolgung seines tausendjährigen Werdeganges zu vertiefen und den unverlornen und unverlierbaren deutschrechtlichen Gehalt unserer heutigen Rechtsordnung zu entfalten und begrifflich auszuprägen.

Soll denn aber, so höre ich fragen, die Spaltung unserer Privatrechtswissenschaft in romanistische und germanistische Jurisprudenz ewig währen? Was die Zukunft bringen wird, weifs ich nicht. Zurzeit ist es unerläfslich, auf getrennten Wegen dem gemeinsamen Ziele zuzuschreiten. Noch fordert die germanistische wie die romanistische Forschung den ganzen Mann. So lange aber die gleichmäfsige Beherrschung beider Quellenkreise als ausgeschlossen erscheint, müfste der Verzicht auf gesonderte Verwertung beider Gedankenreiche für das geltende Recht zur Verflachung unserer Rechtswissenschaft führen. Der Romanist ist berufen, die unvergänglichen Errungenschaften des römischen Rechtsgeistes lebendig zu erhalten und die unvergleichliche römische

Digitized by Google

Rechtskunst fort und fort auch für die Gegenwart nutzbar zu machen. Allein nebenbei auch den germanischen Gehalt unseres Rechtes auszuschöpfen, ist nicht seine Sache. Wenn gleichwohl von romanistischer Seite immer wieder der Versuch unternommen wird, mit eignen Mitteln auch diese Aufgabe zu lösen, so liegt die Hauptschuld an germanistischer Versäumnis. Sie erklärt sich unschwer aus der Minderzahl der Germanisten einerseits und dem Übergewicht der ihnen obliegenden rechtshistorischen Arbeit andererseits. Die Folgen aber sind beklagenswert. Denn immer von neuem wird so unser nationales Recht in seinem Erstgeburtsrecht verkürzt, immer von neuem das, was von ihm unter uns lebt und wirkt, durch fremdrechtlichen Begriffszwang verkümmert. Solche Gefahr abzuwehren, ist der germanistischen Rechtswissenschaft hoher, heiliger Beruf. Sie darf sich der energischen Mitarbeit am Ausbau unseres neuen Rechtes nicht entziehen. Nicht blofs die Pflicht gegen sich selbst gebietet ihr, sich die lebendige Kraft, die der Berührung mit dem Leben der Gegenwart entspringt, zu bewahren. Es ist ihre Pflicht gegen die Nation, dem deutschen Recht die Treue zu halten. Denn das ihr anvertraute köstliche Gut ist ein Stück unseres Volkstums. Und mit dem Volke innerlich verwachsen wird unser kunstvoll gestaltetes neues Recht nur, wenn seine deutsche Seele ihre Schwingen in freiem und mächtigem Flügelschlage entfaltet.

So lege ich diesen Band in dem festen Glauben vor, dafs das, was er erstrebt, des Strebens wert ist. Gerade das Sachenrecht wird, wie ich hoffe, auch den Zweifler hiervon überzeugen. Ob aber dem Wollen auch einigermafsen das Vollbringen entspricht, mögen Andere beurteilen.

Mai 1905.

Otto Gierke.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichnis.

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Zweiter Abschnitt.
Sachenrecht.

Erstes Kapitel.
Die Gegenstände des Sachenrechts.

Erster Titel.
Die Sachen überhaupt.

Seite

§ 100. Die Rechtsstellung der Sachen. I. Die Sachen als Gegenstände des Sachenrechts (1). II. Die selbständige Rechtsstellung der Sachen (2). 1. Rechtliche Eigenschaften der Sachen (2). 2. Rechtliche Verbindungen von Sachen mit Sachen (2). 3. Rechtsträgerschaft von Sachen (2). 4. Unkörperliche Sachen (3). III. Rechtliche Sachverhältnisse (3). IV. Rechtshandlungen, die auf Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Sachverhältnissen gerichtet sind (4) 1

§ 101. Unbewegliche und bewegliche Sachen. I. Überhaupt (5). Bedeutung des Unterschiedes von liegendem Gut und Fahrnis im deutschen Recht (5). Ausprägung des Unterschiedes zu einem Unterschiede der rechtlichen Sacheigenschaft (6). Verliegenschaftung und Entliegenschaftung durch Rechtshandlungen (7). II. Einteilung der körperlichen Sachen (8). 1. Unbewegliche Sachen (8). Grundstücke (8). Grundstücksbestandteile (8). Bodenerzeugnisse (9). Gebäude (9). Rechtlich verselbständigte Bestandteile im heutigen Recht (10). Zubehörstücke (11). 2. Bewegliche Sachen (11). Fahrnisverliegenschaftungen (12). III. Einteilung der unkörperlichen Sachen (13). Unbewegliches und bewegliches Vermögen (14). 1. Selbständige Gerechtigkeiten liegenschaftlicher Natur (14). 2. Mit Sachen verbundene Rechte (15). 3. Sonstige Rechte (16). a. Dingliche Rechte (16). b. Forderungsrechte (17). c. Persönlichkeitsrechte (18). 4. Vermögensganze (18) 5

§ 102. Öffentliche, verkehrsunfähige, herrenlose Sachen. I. Öffentliche Sachen (19). Objektive Zweckgebundenheit (20). Bestimmung für den öffentlichen Gebrauch überhaupt (22). Bestimmung für einen öffentlichen Gemeingebrauch (22). Eigentum und sonstiges Privatrecht an den öffentlichen Sachen (23).

Digitized by Google

Seite

Subjektive Rechte auf Teilnahme am Gemeingebrauch (24). Wesen dieser Rechte (25). Inhalt (25). Schutz (26). Vorzugsrechte im Gemeingebrauch (27). Anliegervorteile (28). Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch aller Staatsgenossen (29). Öffentliche Sachen im kommunalen Gemeingebrauch (31). Öffentliche Sachen in kirchlichem Gemeingebrauch (32). Kirchstuhlsrechte (33). Begräbnisrechte (34). Befriedete Sachen (34). II. Verkehrsunfähige Sachen (34). Der menschliche Körper, insbesondere der Leichnam (35). III. Herrenlose Sachen (37). 1. Rechtsunfähige Sachen (37). 2. Rechtsfähige Sachen in Niemandes Eigentum (38) 19

§ 103. Einzelsachen. I. Körperliche Einzelsachen (38). II. Körperliche Sachteile als Gegenstände des Sachenrechts (39). 1. Bisheriges Recht (40). a. Gebäude (40). b. Bodenerzeugnisse (40). c. Stockwerkseigentum (41). 2. Heutiges deutsches Recht (42). a. Wesentliche Bestandteile (43). b. Nichtwesentliche Bestandteile (44). III. Rechtlich verselbständigte Bestandteile (45). 1. Sachen, die zu einem vorübergehenden Zweck mit einem Grundstück verbunden oder einem Gebäude eingefügt sind (45). 2. Gebäude und andere Werke, die in Ausübung eines Rechts mit einem Grundstück verbunden sind (46). IV. Unkörperliche Einzelsachen (47). Bruchteile (47). Liegenschaftliche Gerechtigkeiten (48). Rechtsgegenstände (48). V. Unkörperliche Sachteile (48) 38

§ 104. Gesamtsachen. I. Überhaupt (49). Gesamtsachen im germanischen Recht (49). Die ältere romanistische Theorie (50). Neuere Lehren (51). Heutiges Recht (51). II. Körperliche Gesamtsachen (52). Fälle (53). Die körperliche Gesamtsache als einheitliches Rechtsobjekt (53). Die zugehörigen Einzelsachen als besondere Rechtsobjekte (55). III. Unkörperliche Gesamtsachen (56). Das Vermögen (56). Die Sondervermögen (57). Fälle (57). Verschiedenheiten der einzelnen Arten von Sondervermögen (59). Hinsichtlich der Bildung (59). Hinsichtlich der Festigkeit des Bestandes (60). Hinsichtlich des Maſses der rechtlichen Geschlossenheit (61). Einfluſs personenrechtlicher Verhältnisse (61). Keine eigene Rechtssubjektivität (62). Eigenartige Erscheinungen, die im Begriff der unkörperlichen Gesamtsache wurzeln (63). Die unkörperliche Gesamtsache als einheitliches Rechtsobjekt (63). Sachherrschaftsrecht am Ganzen (64). Anteile am Ganzen (64). Rechtsnachfolge in das Recht am Ganzen (65). Einbeziehung der Schulden in den Begriff der Vermögenseinheit (66). Haftungsverhältnisse (67). Schuldensonderung (68). Schuldübergang (69). Die Bestandteile der unkörperlichen Gesamtsache als selbständige Rechtsobjekte (70) 49

§ 105. Hauptsache und Zubehör. I. Überhaupt (70). Der Pertinenzbegriff im älteren deutschen Recht (71). Seine heutige Bedeutung (72). II. Begründung (72). 1. Herstellung einer gehörigen tatsächlichen Verbindung (72). 2. Erhebung zur rechtlichen Verbindung durch menschliches Handeln (73). Erforderliche Ver-

Digitized by Google

Seite

fügungsmacht des Verbindenden (73). Erforderlicher Willensinhalt der Verbindungshandlung (74). III. Wirkung (75). Das aus Hauptsache und Zubehör zusammengesetzte Sachganze als einheitliches Rechtsobjekt (75). Die sachenrechtliche Schicksalsgemeinschaft (76). Die verbundenen Einzelsachen als selbständige Rechtsobjekte (77). IV. Beendigung (78). V. Einzelfälle (79). 1. Grundstücke als Grundstückszubehör (79). 2. Fahrnis als Grundstückszubehör (80). Zubehör eines Landguts (80). Gebäudezubehör (80). Gewerbliches Zubehör (81). Sonstige typische Fälle (81). 3. Fahrnis als Fahrniszubehör (82). VI. Übertragung auf unkörperliche Sachen (82). Unkörperliche Hauptsache mit körperlichem Zubehör (82). Unkörperliche Zubehörsachen einer körperlichen Sache (83). Unkörperliche Hauptsache mit unkörperlichem Zubehör (83). Zugehörigkeitsverhältnisse innerhalb eines Sondervermögens (83) . . 70

§ 106. Realrechte. I. Begriff (84). II. Geschichte (84). III. Rechtsgrundsätze (85). Ungleiche Beschaffenheit der Realrechte (85). Eigenartige Form der subjektiven Zuständigkeit (85). Gemeinschaft der Rechtsschicksale (86). Bisherige Unterstellung unter den Pertinenzbegriff (86). Die Realrechte als Grundstücksbestandteile im Sinne des B.G.B. (87) 84

Zweiter Titel.

Das Geld und die Wertpapiere.

§ 107. Das Geld. I. Überhaupt (88). Der Geldbegriff und seine Entwicklung (88). Die als Geld verwendbaren Sacharten (89). Der die Geldeigenschaft begründende Rechtssatz (90). Staatliche Münzhoheit und Münzprägung (90). Metallwert, Nennwert und Kurswert (91). Die Geldzeichen (92). II. Währungsgeld (93). Seine unbeschränkte Geldkraft (93). Umrechnung (94). III. Unvollkommenes Geld (95). 1. Barrengeld (95). 2. Ausländisches Geld (95). 3. Scheidemünze (96). IV. Geldzeichen (97). Zahlungsmittel gegenüber dem Ausgeber (97). Einlösungspflicht des Ausgebers (97). Freies Zahlungsmittel im Verkehr (98). Die Scheidemünzen als Geldzeichen (98). 1. Papiergeld (98). Reichskassenscheine (99). 2. Banknoten (99). Notenprivilegien (99). Form des Summenversprechens (100). Annahmepflicht der Notenbanken (101). Einlösungspflicht (101). Freies Zahlungsmittel im Verkehr (102). V. Relative Geldzeichen (102) 88

§ 108. Die Wertpapiere. I. Urkunden überhaupt (103). Rechtsurkunden (104). Urkunden über ein Recht auf Leistung (104). Ihre sachenrechtliche Abhängigkeit vom verbrieften Recht (104). Umkehrung des Verhältnisses bei den Wertpapieren (105). II. Begriff, Geschichte und Wesen der Wertpapiere (105). Der Begriff (105). Ursprung und Entwicklung desselben (105). Wesen (106). Abstufungen der Verwirklichung des Wertpapiergedankens (107). III. Begründung (108). 1. Das konstitutive Wertpapier (108). Der Begebungsvertrag (108). Die Kreationstheorie (109). Die Emissions-

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Digitized by Google

Seite

theorie (110). Kritik (110). Einfügung der richtigen Gedanken der Kreationstheorie in die Vertragstheorie (111). Das Ausstellen als Sachschöpfungsakt (111). Haftung aus der Ausstellung (111). Das Geben des Papiers (113). Das Nehmen des Papiers (114). 2. Das nicht konstitutive Wertpapier (114). IV. Recht am Papier (115). V. Recht aus dem Papier (116). VI. Übertragung (116). Das Wertpapier als Rechtsübertragungsmittel (117). Wertpapiere ohne translative Funktion (117). VII. Ausübung (118). Das Wertpapier als Rechtsausübungsmittel (118). Legitimationskraft des Papierbesitzes (118). Wertpapiere ohne exerzitive Funktion (119). VIII. Beendigung (120). Untergang des verbrieften Rechts durch Zerstörung des Papiers (120). Hilfsmittel dagegen (120). Entwertung des Papiers durch Beendigung des verbrieften Rechts (121) . . . 103

§ 109. Arten der Wertpapiere. I. Rekta-, Order- und Inhaberpapiere (122). II. Vollkommene und unvollkommene Wertpapiere (122). III. Einteilung nach dem Gegenstande des verbrieften Rechts (122). Personenrechtliche Wertpapiere (122). Sachenrechtliche (123). Obligationenrechtliche (123). Wertpapiere gemischter Art (124). IV. Unterschiede nach der Person des Ausstellers (124). V. Materiellrechtliche und skripturrechtliche Wertpapiere (124). Die Kraft des schriftmäfsigen Scheines bei den letzteren (125). Die Grenzen der formalrechtlichen Wirkung des geschriebenen Worts (126). VI. Kausale und abstrakte Wertpapiere (127). VII. Präsentationspapiere (128). Unterschied von anderen Einlösungspapieren (128). Sicht- und Nachsichtpapiere (129). Protestpapiere (129). VIII. Legitimationspapiere (129). IX. Einzelpapiere und Massenpapiere (130). X. Hauptpapiere und Nebenpapiere (130). XI. Solapapiere und Papiere in mehreren Exemplaren (131). XII. Handelspapiere (132) 122

§ 110. Rektapapiere. I. Begriff (132). Merkmale (132). Einschränkung des Begriffs auf Wertpapiere (133). II. Arten (133). III. Begründung (134). IV. Recht am Papier (134). V. Recht aus dem Papier (135). VI. Übertragung (135). Veräufserung (135). Verpfändung (137). Pfändung (137). VII. Ausübung (138). 1. Rektapapiere, bei denen die Legitimation gegenüber dem Aussteller durch einen Bucheintrag erbracht wird (138). 2. Rektapapiere mit gesteigerter Legitimationskraft des Papierbesitzes (138). Erleichterung der Legitimationsprüfung (138). Erlafs der Legitimationsprüfung (139). Legitimationspapiere in Form von Namenpapieren (139). Rektapapiere in Inhaberpapierform (140). VIII. Beendigung (140). Kraftloserklärung (140). Folgen der Vernichtung oder des Abhandenkommens von Rektapapieren, deren Kraftloserklärung nicht zugelassen ist (141) 132

§ 111. Orderpapiere. I. Begriff (142). II. Geschichte (142). III. Arten (143). Vollkommene Orderpapiere (144). Unvollkommene Orderpapiere (144). Wechselrecht (145). IV. Begründung (145). V. Recht am Papier (146). VI. Recht aus dem Papier (147). VII. Über-

Digitized by Google

Seite

tragung (147). Nach bürgerlichem Recht (147). Durch papiergemäfse Ordererteilung (147). Form des Indossaments (147). Wirkung (148). Blankoindossament (149). Übereignungsindossament (150). Niefsbrauchs- und Verpfändungsindossament (150). Vollmachtsindossament (150). Vollindossament behufs Verpfändung oder Vollmachtserteilung (150). Pfändung (153). VIII. Ausübung (153). Legitimation durch das Papier (153). Legitimation bei indossablen Mitgliedschaftspapieren (155). IX. Beendigung (155) 142

§ 112. Inhaberpapiere. I. Begriff (155). II. Geschichte (156). Alternative und reine Inhaberklausel (156). Neuere Entwicklung (157). III. Arten (157). 1. Personenrechtliche (158). 2. Sachenrechtliche (158). 3. Obligationenrechtliche (159). a. Geldpapiere (159). α. Forderungspapiere auf bestimmte Geldsummen (159). β. Forderungspapiere auf unbestimmte Geldbeträge (160). b. Inhaberpapiere auf andere Leistungen (160). Erneuerungsscheine (161). IV. Begründung (162). Begebungsvertrag und Haftung ohne Begebung (162). Befugnis zur Ausgabe von Inhaberpapieren (163). Verbotswidrig ausgestellte Inhaberpapiere (164). V. Recht am Papier (164). Besonderheiten hinsichtlich der Eigentumsverfolgung (164). Eigentumserwerb (165). Belastung (166). Pfändung (166). VI. Recht aus dem Papier (166). Das verbriefte Recht steht dem jeweiligen Eigentümer zu (167). Abweichende Theorien (167). Niefsbrauch am Papier gibt Niefsbrauch am Recht aus dem Papier (168). Pfandrecht gibt Rechtspfandrecht (169). Besitz gibt Ausübungsmöglichkeit (169). VII. Übertragung (169). Rechtsübergang (169). Schicksale von Nebenpapieren (170). Insbesondere von Erneuerungsscheinen (170). Einschränkung der Übertragbarkeit (171). VIII. Ausübung (171). 1. Nur der Inhaber kann das Recht aus dem Papier geltend machen (171). 2. Jeder Inhaber kann es geltend machen (172). Grenzen der Legitimation durch den Papierbesitz (172). IX. Umwandlung (174). Festmachung (174). Außerkurssetzung durch den Inhaber (175). Umschreibung durch den Aussteller (175). Umwandlung von Inhaberschuldverschreibungen aus Reichs- und Staatsanleihen in Buchschulden (176). Wesen der Buchschuld (177). X. Beendigung (179). 1. Untergang oder Verlust des Papiers (179). Kraftloserklärung (180). Zahlungssperre (181). Verlustanzeige bei Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen (182). 2. Erlöschen des Rechts aus dem Papier (182). Relative Wirkung bis zur Entkräftung des Papiers (183). Entkräftung des Papiers durch Zerstörung (183). Durch Kraftloserklärung (183). Durch Zeitablauf (183). Versäumnis der Vorlegungsfrist (184). Eintritt der Verjährung (185). Entkräftung von Nebenpapieren (186). 155

Zweites Kapitel.

Gewere, Besitz und Grundbuchrecht.

§ 113. Die Gewere. I. Begriff (187). Ausgangspunkt (187). Fortbildung (188). II. Bedeutung (188). Die Gewere als Kleid des Sachenrechts

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Digitized by Google

Seite

(189). Verhältnis zum Besitzesbegriff (189). Fortwirkung der Gewere im sachenrechtlichen Publizitätsprinzip (190). III. Arten (190). 1. Verschiedenheit nach der Grundlage (190). a. Leibliche Gewere (190). An Liegenschaften (191). An Fahrnis (192). Fortschreitende Differenzierung (193). b. Ideelle Gewere (193). Ihre Wurzeln im liegenschaftlichen Öffentlichkeitsprinzip (193). Fälle (194). Verhältnis zur leiblichen Gewere (195). c. Rechte Gewere (196). Verstärkung der Gewere durch offensichtlichen und unangefochtenen Bestand (196). Rechte Gewere im technischen Sinn (197). 2. Lehn-, dienst- und hofrechtliche Gewere neben der landrechtlichen Gewere (198). 3. Eigengewere und beschränktere Gewere (199). 4. Ruhende und anwartschaftliche Gewere neben gegenwärtiger Gewere (200). 5. Gewere an unkörperlichen Sachen (201). 6. Sondergewere und gemeinschaftliche Gewere (202). IV. Wirkungen (203). 1. Für die Rechtsverteidigung (203). Gegen aufsergerichtlichen Angriff (203). Gegen gerichtlichen Angriff (203). 2. Für die Rechtsverwirklichung (204). Angriffskraft der ideellen Gewere (204). Der ruhenden Gewere (205). Der anwartschaftlichen Gewere (206). Der unfreiwillig verlornen Gewere (206). 3. Für die Rechtsübertragung (207). Einräumung von Gewere als sachenrechtliches Übertragungsmittel (207). Legitimationskraft der Gewere im Rechtsverkehr (208). V. Schutz (208) 187

§ 114. Der Besitz. I. Gewere und Besitz (209). Umbildung des römischen Besitzesrechts (210). Neuere Entwicklung (211). Das heutige Besitzesrecht (211). II. Begriff des Besitzes (212). Der Besitz als Rechtsverhältnis (213). III. Arten (214). 1. Nachwirkungen der Unterscheidung leiblicher, ideeller und rechter Gewere (214). 2. Nachwirkung der Unterscheidung von land-, lehn- und hofrechtlicher Gewere (215). 3. Einflufs der Unterscheidung von Eigengewere und beschränkter Gewere (215). Besitz und Inhabung im heutigen Recht (216). Eigenbesitz und Lehnbesitz (217). 4. Teilbesitz (218). 5. Einwirkung der mehrfachen Gewere (218). Unmittelbarer und mittelbarer Besitz (218). Fälle (219). Wesen des mittelbaren Besitzes (220). 6. Gemeinschaftlicher Besitz (220). Mitbesitz (221). Schlichter Mitbesitz und Mitbesitz zu gesamter Hand (222). 7. Mängel des Besitzes (223). 8. Rechtsbesitz (224). Gemeines Recht (224). Die Gesetzbücher (225). Heutiges deutsches Recht (226) 209

§ 115. Erwerb und Verlust des Besitzes. I. Überhaupt (227). Besitznachfolge (227). Natur der die Besitzverhältnisse umgestaltenden Handlungen (227). II. Erwerb (228). Willenselement (228). Erwerb durch Geschäftsunfähige (229). Erwerb ohne Wissen (229). Erwerb durch Vertreter (229). III. Ursprünglicher Erwerb (230). IV. Besitzübertragung (230). Die Übertragungshandlung als Realakt oder als Rechtsgeschäft (231). 1. Übertragung durch Übergabe (232). Übergabe mittels eines Schlüssels (233). Mittels eines Warenpapiers (233). Mittels Zeichnung (234).

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Digitized by Google

Seite

2. Rechtsgeschäftliche Übertragung (234). Der Besitzvertrag (235). Sein Verhältnis zur Übergabe (235). a. Besitzzuweisung (235). Bei frei zugänglichen Sachen (235). An den Mitbesitzer (236). An den Besitzhalter (236). b. Besitzauflassung (236). c. Besitzauftragung (237). Vorbild im älteren deutschen Recht (237). Einfluſs des constitutum possessorium (238). d. Besitzabtretung (239). V. Besitzvererbung (240). Übergang des Besitzes auf den Erben (240). Sonstige Fälle der Gesamtnachfolge (242). VI. Verlust (242). 1. Freiwilliger Besitzverlust (243). a. Preisgabe (243). b. Hingabe (244). 2. Unfreiwilliger Besitzverlust (244). Begriff der abhanden gekommenen Sache (245). VII. Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes (246) . 227

§ 116. Wirkungen des Besitzes. I. Überhaupt (247). Deutschrechtliche und römischrechtliche Wirkungen im gemeinen Recht (247). In den Partikularrechten (248). Im B.G.B. (249). II. Besitzschutz (249). 1. Selbsthilfe (249). Das Selbsthilferecht gebührt jedem Besitzer (250). 2. Gerichtshilfe (251). Besitzschutzklagen im gemeinen Recht (521). In den Partikularrechten (252). Die Besitzschutzansprüche des B.G.B. (253). Sie stehen jedem Besitzer zu (254). Ihre rein possessorische Natur (256). 3. Sonstiger Besitzschutz (257). III. Schutzwirkungen für das materielle Recht (257). Im gemeinen Recht (257). In den Gesetzbüchern (258). Im B.G.B. (259). 1. Die Vermutung aus dem Fahrnisbesitz (259). 2. Das Einwendungsrecht aus dem Fahrnisbesitz (261). 3. Die Klage aus dem früheren Fahrnisbesitz (261). Voraussetzungen (261). Verteidigungsmittel des Beklagten (262). Inhalt des Anspruchs (263). Anwendungsfälle (263). Natur (264). IV. Rechtsübertragung (264). Der Besitz als Rechtsübertragungsmittel (264). Der Besitz als Legitimationsmittel im Rechtsverkehr (264). V. Ersitzung (265). Im Liegenschaftsrecht (265). Im Fahrnisrecht (265). VI. Sonstige Wirkungen (266) 247

§ 117. Die Form des Liegenschaftsverkehrs im deutschen Recht. I. Ursprung (266). Feierliche und öffentliche Vollziehung des Wechsels in den Herrschaftsverhältnissen (266). Zuteilung durch Versammlungsspruch oder Königsspruch (267). Rechtsgeschäftliche Übertragung (267). II. Älteste Gestaltung (268). Übereignung auf dem Grundstück (268). Die Sale (traditio) als dinglicher Vertrag (268). Gabe (268). Symbolische Investitur (269). Räumungserklärung (269). Die Gewere (investitura) als Vollzugshandlung (270). Das Verhältnis zwischen dem dinglichen Vertrage und dem Vollzuge desselben (271). III. Auflassung auſserhalb des Grundstücks (271). Die traditio per cartam (271). Loslösung des dinglichen Vertrages vom Grundstück (272). Reale Investitur auf dem Grundstück (273). Verhältnis zwischen beiden Vorgängen (274). IV. Fortbildung und Sieg der gerichtlichen Auflassung (274). Rechtliche Vorzüge der Übereignung vor Gericht (274). Urteil (275). Aufgebotsverfahren (275). Erhebung der gerichtlichen Auflassung zur ausschlieſslichen landrechtlichen

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Digitized by Google

Seite

Übereignungsform (275). Verhältnis zur leiblichen Besitzeinweisung (276). V. Verzweigung (276). 1. Übereignungsformen des Fürstenrechts, des Lehnrechts, des Hofrechts, des Stadtrechts (276). 2. Umbildung der Übereignungsform behufs der Erstreckung auf begrenzte dingliche Rechte (277). Bei den mit Sachgewere verbundenen Rechten an Grundstücken (277). Bei den in das Gewand bloßer Rechtsgewere gekleideten Rechten (279). 3. Ausdehnung auf selbständige liegenschaftliche Gerechtigkeiten (280). 4. Anwendung auf Vermögensinbegriffe (280). VI. Eintragung (280). Der Bucheintrag als öffentliche Beurkundung (280). Entwicklung zum Formbestandteil (281). VII. Schicksale nach der Rezeption (281). 1. Römisches System mit deutschrechtlichen Einfügungen (282). 2. Römisch-deutsches System (283). Duplizität des Eigentums (284). 3. Deutsches System (284). Verkümmerung durch römischrechtliche Einflüsse (284). Umbildungen der gerichtlichen Handlung (285). 4. Französisches System (286). Abwandlungen in Deutschland (287). VII. Neueste Entwicklung (287). Neuordnung auf deutschrechtlicher Grundlage (287). Die preußische Gesetzgebung von 1872 (289). Das neue bürgerliche Recht (289) 266

§ 118. Die Grundbücher. I. Anlegung des Grundbuchs (290). II. Grundbuchämter (292). III. Öffentlichkeit (292). IV. Buchungsgegenstände (293). Befreiungen (293). V. Grundbuchbezirke (294). VI. Verbindung mit den Flurbüchern (294). VII. Grundbuchblätter (294). Ihre innere Einrichtung (295). Anlegung eines neuen Grundbuchblattes (297). Schließung eines Blatts (297). VIII. Eintragungen (298). 1. Antrag (298). 2. Verfahren (298). 3. Voraussetzungen (299). Das formelle Konsensprinzip (299). Ausnahmen (299). 4. Nachweis der Voraussetzungen (301). 5. Zwischeneintragung (301). 6. Form und Inhalt der Eintragungen (302). 7. Beseitigung ungerechtfertigter Eintragungen (303). 8. Benachrichtigung (303). IX. Rechtsmittel (303). X. Schadenersatz (304) 290

§ 119. Die sachenrechtliche Bedeutung der Grundbücher. I. Überhaupt (305). II. Bestimmung des Sachbestandes (306). Rechtliche Individualisierung der Grundstücke (306). Veränderung des Grundstücksbestandes (306). Vereinigung und Verschmelzung (307). Abtrennung und Zerlegung (307). Sachenrechtliche Bedeutung der buchmäßigen Individualisierung der Grundstücke (308). Rechte an Grundstücksteilen (308). Recht an mehreren Grundstücken (309). Bedeutung der Buchung selbständiger Gerechtigkeiten (309). Buchung der Realrechte (310). III. Änderung der dinglichen Rechtslage (311). 1. Rechtsgeschäftliche Änderung; Eintragung als Mittel der Änderung (311). a. Die Eintragung ist regelmäßig erforderlich (311). Zu Erwerb und Verlust des Eigentums (311). Zur Begründung eines begrenzten dinglichen Rechts (311). Zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts (312). Zur Änderung seines Inhalts (312). Zu seiner Aufhebung (312). b. Die Eintragung bewirkt die Änderung nur zusammen mit einem

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Digitized by Google

Seite

gültigen Rechtsgeschäft (313). Verselbständigung des dinglichen Rechtsgeschäfts (313). Der dingliche Vertrag (314). Der dingliche Verzicht (315). Die einseitige dingliche Erwerbserklärung (316). c. Eintritt der dinglichen Rechtsänderung, sobald Eintragung und dingliches Rechtsgeschäft zusammentreffen; Unabhängigkeit vom Rechtsgrunde (316). Nichteintritt der Rechtsänderung durch Eintragung mangels gehöriger rechtsgeschäftlicher Grundlage (317). 2. Nichtrechtsgeschäftliche Änderungen; Eintritt ohne Eintragung (318). Ausnahmen (319). IV. Wirksamkeit gegen Dritte (319). Eintragung als Erfordernis der Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte (320). Regelmäfsige Eintragungsbedürftigkeit der eintragungsfähigen Rechtsverhältnisse (320). Verfügungsbeschränkungen (320). Ältere Rechtsverhältnisse (321). V. Erlangung der Verfügungsmacht (321). VI. Rangbestimmung (321). Eintragung als Mittel der Rangbestimmung (321). Rechtsgeschäftliche Rangänderung (322). Rangvorbehalt (324). Höchstbetragsbestimmung (324). Vorrang kraft Gesetzes (324). Rang nicht eingetragener Rechte (325). VII. Nichterlöschen durch Vereinigung (325). VIII. Vermutung aus der Eintragung (325). IX. Der öffentliche Glaube des Grundbuches (326). Umfang (327). Wirkung des buchmäfsigen Scheines (328). Ausschliefsung durch bösen Glauben (328). Rechtsgeschäftlicher Erwerb von Sachenrecht auf Grund des buchmäfsigen Scheines (329). Sonstige Verfügungen und Leistungen (330). Rechtsverlust für den wahren Berechtigten (330). Mittel der Ausgleichung (331). X. Einwirkung auf Ersitzung und Verjährung (331). 1. Kraft des buchmäfsigen Scheines (331). a. Buchersitzung (331). b. Buchversitzung (332). 2. Schutzkraft des Grundbuchs (333). a. Gegen Ersitzung (332). b. Gegen Verjährung (333). XI. Schutzeintragungen (333). 1. Vormerkung (334). Die vormerkbaren Ansprüche (334). Eintragung (335). Wirkung (335). Wesen (336). Kein dingliches Recht (336). Aber dingliche Wirkungskraft der Forderung (337). Erstarkung der Forderung aus sich heraus (338). Umfang ihrer Einwirkung auf das Sachenrecht (338). Erlöschen der Vormerkung (339). 2. Widerspruch (341). Fälle der Zulässigkeit (341). Eintragung (341). Wirkung (341). Wesen (341). Beendigung (342). XII. Berichtigung des Grundbuchs (342). Der öffentlichrechtliche Berichtigungsanspruch (342). Der privatrechtliche Berichtigungsanspruch (343). Sein Wesen als Ausflufs des dinglichen Rechts (344). Wirkung der Berichtigung (346). Nichtige Bucheinträge (346). Richtige, aber unbegründete Bucheinträge (347) 305

Drittes Kapitel.

Das Eigentum.

Erster Titel.

Das Eigentum überhaupt.

§ 120. Das Eigentum und die begrenzten dinglichen Rechte. I. Begriff (347). Ungleiche geschichtliche Ausgestaltung (348).

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Digitized by Google

Seite

II. Die ursprüngliche deutsche Eigentumsordnung (349). Vorhandensein des Begriffes eines materiellen Sachenrechts (349). Konkrete Vorstellungsweise (349). Das Herrschaftsrecht und die beherrschte Sache zusammen gedacht (350). Einheitlicher, aber abwandlungsfähiger Begriff der rechtlichen Sachherrschaft (351). Eigentumsformen (351). Eigentumsverteilung (352). Die begrenzten dinglichen Rechte als Formen und Ausflüsse des Eigentums (353). Aufkommen eines begrifflichen Gegensatzes zum Eigentum im Leiherecht (353). Ausprägung zu besonderen Eigentumsordnungen des Lehnrechts und des Hofrechts (353). III. Fortbildung im Mittelalter (354). Loslösung des dinglichen Rechts von seinem Gegenstande (354). Begriffliche Verselbständigung der begrenzten dinglichen Rechte (354). Wahrung des einheitlichen Wesens der Sachenrechte (355). IV. Die Eigentumsordnung des deutschen Mittelalters (356). 1. Das Eigentum als Inbegriff der an einer Sache möglichen Herrschaftsrechte (356). 2. Es verbindet privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Inhalt (356). 3. Es umspannt Gemeinschaftsrecht und Sonderrecht an Sachen (357). 4. Es umschließt personenrechtliche wie vermögensrechtliche Beziehungen (358). 5. Es trägt Schranken in seinem Begriff (358). 6. Es ist der Abstufung fähig (358). 7. Es ist ein dingliches Recht neben anderen dinglichen Rechten (359). 8. Es besteht an unkörperlichen wie an körperlichen Sachen (360). V. Entwicklung seit der Rezeption (360). Aufnahme des römischen Eigentumsbegriffs (360). Einfluſs auf die Umgestaltung der Eigentumsordnung (361). Deutschrechtliche Brechungen (361). VI. Die heutige deutsche Eigentumsordnung (361). 1. Das Eigentum als abstraktes Recht (361). Gleichwohl Differenzierung nach Sacharten (362). 2. Das Eigentum als Privatrecht (362). Jedoch begrenzt durch öffentliche Sachherrschaft (362). 3. Das Eigentum als Individualrecht (363). Aber des Ausbaues zu Gemeinschaftsrecht fähig (363). 4. Das Eigentum als Vermögensrecht (363). Allein sein Persönlichkeitswert kann rechtliche Bedeutung gewinnen (363). 5. Das Eigentum als an sich unbeschränktes Sachenrecht (364). Aber kein unbeschränktes Herrschaftsrecht (364). 6. Das Eigentum als elastisches Recht (365). Doch die Vorstellung von unvollständigem Eigentum nicht ganz verschwunden (365). 7. Das Eigentum als ausschließliches Recht (365). Es schließt aber nur andere auf das Sachganze gerichtete Privatrechte aus (366). Die begrenzten dinglichen Rechte als gleich unmittelbare, jedoch nur auf Teilherrschaft angelegte Sachenrechte (366). 8. Das Eigentum als Herrschaftsrecht an körperlichen Sachen (367). Doch ist die Erstreckung des Eigentumsbegriffes auf das Vollherrschaftsrecht an unkörperlichen Sachen nicht ausgeschlossen (367) 347

§ 121. Das geteilte Eigentum. I. Geschichte (368). Vorstellungsweise des deutschen Mittelalters (368). Ablehnung der Durch-

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Digitized by Google

Seite

führung des römischen Eigentumsbegriffes nach der Rezeption (369). Die seit der Glosse ausgebildete Theorie des dominium directum und dominium utile (370). Aufnahme und Umbildung in Deutschland (370). Der Kampf gegen den Begriff des geteilten Eigentums (371). Berechtigung des Begriffs (372). Tatsächliches Verschwinden des geteilten Eigentums (372). Reste und Zukunft (373). II. Heutiges Recht (373). 1. Fälle des geteilten Eigentums (373). 2. Obereigentum (374). 3. Untereigentum (374) 368

§ 122. Das gemeinschaftliche Eigentum. I. Geschichte (375). Die Formen des gemeinschaftlichen Eigentums im deutschen Mittelalter (376). Romanistische Vergewaltigung derselben seit der Rezeption (376). Germanistische Schöpfung des Begriffes „Gesamteigentum" (377). Idee des „dominium plurium in solidum" (377). Einführung der naturrechtlichen persona moralis (378). Romanistische Gegenströmung des 19. Jahrh. (379). Läuterung des germanistischen Begriffs (380). II. Heutiges Recht (380). Genossenschaftliches Gesamteigentum und Eigentumsgemeinschaften zur gesamten Hand (381). Beiderlei Formen erwirken einen sozialrechtlichen Ausbau des Eigentums (381). Gegenstände (381). Verteilung der Eigentumsbefugnisse (381). Entsprechende Formen der gemeinschaftlichen Zuständigkeit begrenzter dinglicher Rechte (382). 1. Gesamteigentum (382). Das schlichte Körperschaftseigentum kein gemeinschaftliches Eigentum (382). Das genossenschaftliche Gesamteigentum ein der Verbandsperson und den anteilsberechtigten Mitgliedern gemeinschaftlich zustehendes Eigentum (382). 2. Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand (383). Das schlichte Miteigentum begründet keine Eigentumsgemeinschaft (383). Es begründet zwar heute eine Gemeinschaft zur gesamten Hand (384). Diese aber ist bloſse Verwaltungsgemeinschaft (385). Rechtsgeschäftliche Abwandlungen des Miteigentums im Sinne stärkerer Annäherung an Gemeinschaftseigentum (386). Aufnahme von sachenrechtlichem Stoff in die Gemeinschaft (387). Gleichwohl liegt, solange das Eigentum der Zuständigkeit nach ausschlieſslich in die gesonderten Teilbereiche verlegt bleibt, Miteigentum nach Bruchteilen vor (387). Dagegen besteht eine Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand, sobald der ungesonderte Gesamtbereich sich auf die Zuständigkeit des Eigentums erstreckt (387). Fälle (388). Wesen der den Gemeinern in ihrer Verbundenheit zustehenden ungeteilten Sachherrschaft (389). Die Anteile der Gemeiner (389). Ihr als Sonderrecht verteilter sachenrechtlicher Gehalt (389). Umfang (390). Inhalt (391). Verfügung (391). Vererbung (391). Teilungsanspruch (391). Der sachenrechtliche Gehalt der Anteile deckt sich niemals mit dem Eigentum (392). Vielmehr bleibt die oberste Sachherrschaft in dem ungeteilten Gesamtrecht beschlossen (392). Dies aber ist echter Gemeinschaftsbereich, in dem die Personeneinheit waltet (393) 375

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Digitized by Google

Seite

Zweiter Titel.

Das Grundeigentum.

§ 123. Der Gegenstand des Grundeigentums. I. Überhaupt (393). II. Umfang (393). 1. Der äufsere Bestand des Grundstückes (394). Raum über und unter der Erde (394). 2. Der innere Bestand des Grundstücks (395). Ausscheidungen (395). III. Erstreckung auf Bestandteile und Zubehörungen (395). 1. Bestandteile (395). 2. Zubehörungen (395) 393

§ 124. Die Regalien und das Grundeigentum. I. Geschichte (396). Ursprünglicher Begriff (396). Patrimoniale Umbildung (396). Verleihungen (396). Einwirkung der Landeshoheit (397). Scheidung höherer und niederer Regalien (398). Schärfere Sonderung in neuester Zeit (398). II. Begriff (399). Unterscheidung von Hoheitsrechten (399). Unterscheidung von fiskalischen Rechten (399). III. Arten (400). 1. Die grundherrschaftlichen Regalien (400). 2. Die gewerblichen Regalien (401). IV. Verhältnis zum Grundeigentum (401). 1. Umfang (402). 2. Bestandteile (402). a. Regalhoheit (402). b. Regalherrlichkeit (402). c. Regalnutzung (403). 3. Rechtsgehalt (403). V. Nachwirkung der Regalien (404) . . . 396

§ 125. Gesetzliche Beschränkungen des Grundeigentums. I. Überhaupt (404). Ihr Ausnahmecharakter im heutigen Recht (405). Sie schmälern entweder das Eigentumsrecht oder den Eigentumsinhalt (405). Sie gehören teils dem öffentlichen Recht teils dem Privatrecht an (405). II. Gesetzliche Beschränkungen des Eigentumsrechtes (406). 1. Öffentlichrechtliche (406). a. Schmälerungen der Verfügungsmacht des Eigentümers (406). Hinsichtlich der Veränderung des Grundstücksbestandes (406). Hinsichtlich der Veräufserung (406). Hinsichtlich der Belastung (407). b. Unterwerfung unter eine Verfügungsmacht des Staats (407). 2. Privatrechtliche (407). III. Gesetzliche Beschränkungen des Eigentumsinhaltes (407). 1. Öffentlichrechtliche (407). a. Militärrechtliche (408). Beschränkungen des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen (408). Militärlasten (410). b. Baupolizeiliche (411). Bauverbote (412). Ansiedlungsbeschänkungen (412). Normen für die Ausübung des Bebauungsrechts (412). Erhaltung von Bauten und Denkmälern (413). Regelung der Benutzung (413). c. Gewerbepolizeiliche (414). d. Telegraphenrechtliche (414). e. Landeskulturpolizeiliche (415). f. Forstpolizeiliche (415). g. Bergrechtliche (415). h. Wasserrechtliche (416). i. Wegerechtliche (416) k. Einschränkungen, die nicht besonders vorgesehen sind (416). 2. Privatrechtliche (417). 414

§ 126. Das Nachbarrecht. I. Überhaupt (417). Belastungen mit der Verpflichtung zu einem Unterlassen, einem Dulden oder einem Tun (418). Keine Legalservituten, sondern nachbarliche Verteilung des Eigentumsinhaltes (418). Befreiung (419). II. Einzelne nachbarrechtliche Beschränkungen (419). Reichs- und Landesrecht (419). 1. Verpflichtung zur Duldung von Immissionen (420). Das aus dem Eigentum folgende Verbietungsrecht (420). Dessen Wegfall

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Digitized by Google

Seite

gegenüber unerheblichen oder gemeinüblichen Einwirkungen (421). Gesteigerte Duldungspflicht gegenüber genehmigten gewerblichen Anlagen (422). 2. Einschränkung der Benutzung des Grundstückes zu Bauten und anderen Anlagen (422). Grenzabstände für Bauten (423). Besondere Bestimmungen für lästige oder gefährliche Anlagen (423). Einschränkungen der Bepflanzung (425). Verbot des Neidbaues (425). Rücksichtnahme auf bestehende nachbarliche Anlagen (425). 3. Fenster- und Lichtrecht (426). Einschränkungen des Rechtes zur Anlegung von Lichtöffnungen und Türen (426). Verbot der Lichtentziehung (427). 4. Verpflichtung zur Abwendung einer Einsturzgefahr (428). 5. Verbot einer unzulässigen Bodenvertiefung (429). 6. Überhangs- und Überfallsrecht (429). a. Überhangsrecht (329). Römisches Recht (430). Deutsches Recht (430). Das Recht des B.G.B. (431). b. Überfallsrecht (432). Römisches und deutsches Recht (432). Das Recht des B.G.B. (433). 7. Grenzüberbau (434). Älteres deutsches Recht (434). Neueres Recht (435). Recht des B.G.B. (435). Eintritt der Verpflichtung zur Duldung eines Grenzüberbaues (435). Eigentumsverhältnisse (435). Überbaurente (436). 8. Notweg (436). Älteres deutsches Recht (437). Neueres Recht (437). Recht des B.G.B. (438). Eintritt der Verpflichtung zur Duldung eines Notwegs (438). Notwegsrente (439). Einschränkungen der Notwegslast (439). 9. Dem Notweg verwandte Nachbarrechte (439). Anwenderecht (439). Hammerschlags- und Leiterrecht (440). Schaufelschlagsrecht (440). 10. Grenzrecht (440). a. Grenzfeststellung (440). Abmarkungsanspruch (440). Grenzscheidungsanspruch (442). b. Gemeinschaftsverhältnisse (442). Grenzanlagen (443). Grenzbäume (444). 11. Nachbarrechtliche Eigentumsschranken kraft Wasserrechts (445). 12. Bergnachbarrecht (445). 417

§ 127. Erwerb und Verlust des Grundeigentums. I. Ursprünglicher Erwerb (445). Landnahme bei der Ansiedlung (445). Rodungsrecht (446). Eigentum des Königs oder Landesherrn an dem Lande, das keinen anderen Eigentümer hat (446). Aufnahme des römischen Rechts (446). Partikularrechtliche Fortdauer des deutschen Rechts (447). Regal hinsichtlich der Aneignung herrenloser Grundstücke (447). Auenrecht (447). Recht des B.G.B. (447). Eigentumserwerb an herrenlosen Grundstücken (447). Ursprüngliche Erwerbsarten des Wasserrechts (448). II. Übertragung (448). Übereignung durch Auflassung und Eintragung (449). Das Erfordernis der Eintragung (449). Verhältnis zum bisherigen Recht (449). Das Erfordernis der Einigung (450). Verhältnis zum bisherigen Recht (450). Dinglicher Vertrag und Veräußerungsvertrag (451). Formalisierung des dinglichen Vertrages in Gestalt der Auflassung (451). Unzulässigkeit von Bedingung oder Befristung (452). Die Erklärungen zum Grundbuch (453). Zeitpunkt des Eigentumsüberganges (454). Eigentumserwerb vom nicht eingetragenen Eigentümer und vom eingetragenen Nichteigentümer

Digitized by Google

Seite

(455). Abweichende landesrechtliche Übereignungsformen (455). III. Eigentumserwerb kraft Gesamtnachfolge (456). Erbfolge und Gesamtnachfolge in das Vermögen einer Verbandsperson (456). Erwerb von Anteilen bei Vermögensgemeinschaften zur gesamten Hand (456). Vergemeinschaftung (456). Anwachsung, Abwachsung und Übergang von Anteilen (457). Entgemeinschaftung (457). IV. Ersitzung (458). Älteres Recht (458). Einwirkung des Grundbuchrechtes (458). Buchersitzung (459). Eigentumserwerb auf Grund der Ersitzung eines Erwerbstitels durch Erwirkung eines Ausschlußurteils und Eintragung (460). V. Erwerb durch staatliche Willenserklärung (461). Durch Willenserklärung in Gesetzesform (461). Durch Zuschlag bei gerichtlicher Zwangsversteigerung (462). Durch Enteignung (463). VI. Verlust (463). Durch Verzicht (463). Durch Ausschlußurteil (464). Begrenzte dingliche Rechte an herrenlosen Grundstücken (464) 445

§ 128. Die Enteignung. I. Begriff (464). Ausscheidung der Entziehung ohne Entschädigung und der Auferlegung öffentlichrechtlicher Beschränkungen gegen Entschädigung (465). II. Geschichte (466). Älteres deutsches Recht (466). Entwicklung der Enteignungstheorie (466). Bestimmungen der Gesetzbücher und der Verfassungsurkunden (467). Die Enteignungsgesetze (467). Reichs- und Landesrecht (469). III. Wesen (469). Rein öffentlichrechtliche Natur des bewirkenden Vorganges (470). Privatrechtliche Wirkungen (471). Übergang von privatem Sachenrecht (471). Begründung eines privatrechtlichen Schuldverhältnisses (472). Entsprechende Ordnung des Enteignungsverfahrens (472). Rechtsgeschäfte innerhalb des Enteignungsverfahrens (473). II. Enteignungsfall (473). Prinzipielle Gesichtspunkte (473). 1. Die abstrakte Bestimmung der Enteignungsfälle durch Rechtssatz (474). Spezielle oder generelle Bestimmung (474). 2. Die konkrete Feststellung des Enteignungsfalles durch staatlichen Ausspruch (474). In Gesetzesform (475). In Verwaltungsform (475). V. Enteigner (476). Der Staat als Enteigner im wahren Sinne des Wortes (476). Der Träger des Unternehmens, für das enteignet wird, als Enteigner (476). Staatliche Verleihung des Enteignungsrechts (476). Das verliehene Enteignungsrecht als subjektives Recht (477). VI. Enteigneter (478). VII. Gegenstand (478). 1. Eigentum (479). a. Entziehung (479). Teilentziehung und Ausdehnungsrecht (479). b. Beschränkung (480). 2. Begrenzte dingliche Rechte (481). a. Entziehung (481). Selbständige Rechtsenteignung (481). Verbindung mit der Eigentumsentziehung (482). b. Beschränkung (482). 3. Persönliche Rechte (482). Keine Enteignung (482). Ausnahme bei Miets- und Pachtrechten (482). VIII. Wertersatz (483). 1. Bar (483). Kapital oder Rente (483). Entschädigung in Land (484). 2. Vollständig (484). a. Im Falle der Eigentumsentziehung (484). Ersatz des vollen Vermögenswerts (484). Gebrauchswert (485). Sonstiger Vermögensschaden (485). Wertminderung des Rest-

Digitized by Google

Seite

grundstückes im Falle der Teilenteignung (486). Vorteilsanrechnung (486). b. Im Falle der Entziehung eines begrenzten Rechts (488). Selbständiger Entschädigungsanspruch des Berechtigten (488). Anweisung auf die dem Eigentümer zu gewährende Gesamtentschädigung nach dem Surrogationsprinzip (489). Ergänzungsentschädigung für einen durch die Gesamtentschädigung nicht gedeckten Rechtswert (490). c. Im Falle bloßer Beschränkung des Eigentums oder eines anderen Rechts (491). 3. Vorgängig (491). IX. Verfahren (492). 1. Feststellung des Gegenstandes (492). Ersatz durch Einigung (493). 2. Feststellung der Entschädigung (494). Ersatz durch Einigung (495). 3. Vollziehung der Enteignung (495). X. Wirkungen (496). 1. Eintritt der Gebundenheit der Beteiligten (497). Anspruch des Enteigners auf Rechtserwerb gegen Wertersatz (497). Anspruch des Enteigneten auf Wertersatz gegen Abnahme (498). 2. Eintritt der dinglichen Rechtsänderung (499). Konstitutive Kraft der staatlichen Willenserklärung (499). Zeitpunkt des Eintritts (499). Unabhängigkeit von Besitzerwerb oder Eintragung (500). Umfang der sachenrechtlichen Wirkungen der Enteignungserklärung (501). Dingliche Wirkungen einer als Ersatz anerkannten Vereinbarung (502). 3. Erwerb des Besitzes (502). 4. Schicksale der Entschädigungsforderung (503). Zeitpunkt ihrer Entstehung (503). Zeitpunkt ihrer Fälligkeit (504). Befreiung durch Zahlung oder Hinterlegung (504). Mit der dinglichen Rechtsänderung tritt die Entschädigung an Stelle des enteigneten Gegenstandes (505). Nachträgliche Entschädigungsansprüche (506). XI. Rückerwerbsrecht (506). Wiederkaufsrecht (507). Vorkaufsrecht (598) . 464

§ 129. Schutz des Grundeigentums. I. Überhaupt (508). Älteres deutsches Recht (508). Entwicklung seit der Rezeption (509). Die Eigentumsansprüche des BG.B. (509). Der vindikatorische Anspruch (509). Nebenansprüche und Ersatzansprüche (510). Gegenansprüche (511). Der negatorische Anspruch (511). II. Einwirkung des Grundbuchrechts (513). Eigentumsanspruch des eingetragenen Eigentümers (513). Eigentumsanspruch des nicht eingetragenen Eigentümers (513). Eigentumsanspruch, wenn niemand als Eigentümer eingetragen ist (514). Einrede aus eingetragenem und aus irrig gelöschtem Gegenrecht (514).

Dritter Titel.

Das Fahrniseigentum.

§ 130. Gegenstand und Inhalt des Fahrniseigentums. I. Gegenstand (514). II. Inhalt (515). Gesetzliche Beschränkungen (515). 1. Verfügung über das Eigentumsrecht (515). a. Öffentlichrechtliche Beschränkungen (516). b. Privatrechtliche Beschränkungen (516). 2. Herrschaft über den Sachkörper (516). a. Öffentlichrechtliche Beschränkungen (517). Obrigkeitliche Eingriffe im öffentlichen Interesse (517). Benutzung für einen öffentlichen Zweck (517). Beschädigung oder Vernichtung (517). 2. Privatrechtliche Beschränkungen (518) 514

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Digitized by Google

Seite

§ 131. Erwerb und Verlust des Fahrniseigentums. I. Erwerb (518). Älteres deutsches Recht (518). Umbildung des rezipierten römischen Rechts (518). Das neue bürgerliche Recht (519). 1. Ursprünglicher Erwerb mittels Besitzergreifung (519). 2. Abgeleiteter Erwerb mittels Besitzübertragung (519). 3. Erwerb durch Ersitzung (520). 4. Eigentumserwerb an neu entstandenen Sachen (520). 5. Eigentumserwerb kraft Zugehörigkeit (520). a. An Sachen als Vermögensbestandteilen (520). b. An Stücken eines Sachinbegriffs (520). c. An Fahrnis als Grundstückszubehör (520). d. An Urkunden kraft Zugehörigkeit zu einem Recht (521). e. An Sachen, die in Sachbestandteile verwandelt werden (521). 6. Eigentumserwerb kraft staatlicher Willenserklärung (522). Enteignung (522). Einziehung (522). Zwangsvollstreckung (523). II. Verlust (523). Untergang der Sache (523). Eintritt der Herrenlosigkeit (523). Verzicht auf das Eigentum (523). Unfreiwilliger Verlust des Eigentums durch Besitzverlust (524). Durch Verschweigung (524) 518

§ 132. Aneignung von Fahrnis. I. Überhaupt (525). 1. Aneignung herrenloser Sachen (525). Ausschließliche Aneigungsrechte (525). Aneignungsfreiheit (525). Bedingte Aneignung (525). 2. Aneignung fremder Sachen (526). Aneignungsrechte (526). II. Eigentumserwerb an herrenlosen Sachen (527). Ergreifung des Eigenbesitzes als Erwerbshandlung (528). Kein Eigentumserwerb bei Verstoß gegen ein Aneignungsverbot oder Verletzung eines fremden Aneignungsrechtes (528). Geltung dieses reichsrechtlichen Satzes auch für das Jagd- und Fischereirecht (528). Möglichkeit einer landesrechtlichen Bestimmung, nach der mit der Besitznahme durch den Unbefugten der Jagd- oder Fischereiberechtigte das Eigentum erwirbt (529). Mangels solcher Bestimmung bleibt die Sache herrenlos (530). III. Bienenrecht (530). Verfolgungsrecht am ausziehenden Schwarm (531). Eigentumserwerb kraft Schwarmvereinigung (531). Aneignung herrenloser Schwärme (532). IV. Fundrecht (532). 1. Finden (533). 2. Pflichten des Finders (533). 3. Gegenansprüche des Finders (535). 4. Eigentumserwerb (535). Älteres deutsches Recht (535). Neueres deutsches Recht (536). Recht des B.G.B. (537). 5. Fund in öffentlichen Räumen (538). 6. Fund gestrandeter Sachen (539). V. Schatzerwerb (540). Begriff des Schatzes (540). Schatzregal des deutschen Rechts (541). Aufnahme des römischen Rechts (541). Eigentumserwerb des Entdeckers und des Eigentümers der bergenden Sache (542). Erfordernis der Besitznahme (542). Wirkung jeder Besitznahme für die infolge der Entdeckung ausschließlich zur Aneignung Berechtigten (543). Landesrechtliche Abwandlungen 543. VI. Beute (544) 525

§ 133. Übereignung von Fahrnis. I. Geschichte (544). Älteres deutsches Recht (544). Aufnahme des römischen Rechts (545). Umbildungen (545). Recht des B.G.B. (546). II. Willenseinigung (546). Selbständigkeit des dinglichen Vertrages (546). Möglichkeit der Abhängigmachung vom Kausalgeschäft (547). III. Übergabe

Digitized by Google

Seite

(547). Erfordernis der Übergabe (547). Vertretung bei der Übergabe (547). IV. Ersatz der Übergabe (548). 1. Besitzzuweisungsvertrag (548). 2. Besitzauflassungsvertrag oder sonstige Einigung mit dem Besitzer (548). 3. Besitzauftragung (549). 4. Abtretung des Herausgabeanspruchs (549). Auch ohne Besitzübertragung (550). V. Wirkung (550). Zeitpunkt des Eigentumsüberganges (550). Übertragung von anwartschaftlichem oder rückfälligem Eigentum (550). Mängel, die den Eigentumsübergang hindern (551). Mangel der sachenrechtlichen Verfügungsmacht (551). Begründung einer Verfügungsmacht durch bloßen Schein, dem der Erwerber traute und trauen durfte (552) 544

§ 134. Eigentumserwerb vom Scheinberechtigten. I. Geschichte (552). Ursprung aus der germanischen Gestaltung der Fahrnisklagen (552). 1. Älteres deutsches Recht (553). Klagen aus der Gewere, keine besondere Eigentumsklage (553). a. Unfreiwilliger Verlust der Gewere (553). Klage auf Herausgabe gegen jedermann (553). Anefangsklage (553). Schlichte Klage (554). Klagegrund (554). Verteidigung mit besserem Recht auf die Gewere (555). Widerlegung des Verdachtes der Unredlichkeit (556). Der Zug auf den Gewähren (556). Nachweis des offenkundigen Erwerbes (556). Fälle des Lösungsanspruches (557). Vorkommen der Abschneidung der dinglichen Rechtsverfolgung (557). b. Freiwillige Hingabe der Gewere (558). Klage um anvertrautes Gut (558). Der Satz „Hand wahre Hand“ (558). Keine dingliche Rechtsverfolgung gegen Dritte (558). Scheinausnahmen (559). Wirkliche Ausnahmen (559). c. Wirkung der Beschränkungen der Fahrnisverfolgung (560). Abschwächung der dinglichen Kraft des Fahrniseigentums (560). Dagegen an sich keine Erleichterung seines Erwerbes (561). 2. Entwicklung seit der Rezeption (561). Aufnahme der Vindikation (561). Fortwirkung des germanischen Rechts (561). Erhaltung und Erneuerung des Satzes „Hand wahre Hand“ (561). Umbildung in verschiedenen Richtungen (562). a. Die Unterscheidung des unfreiwilligen und des freiwilligen Besitzverlustes blieb die Grundlage aller deutschrechtlichen Ordnungen (562). Abweichende Systeme (562). b. Bei unfreiwilligem Besitzverlust blieb die Eigentumsverfolgung gegen Dritte grundsätzlich zulässig (563). Ausnahmen (563). Lösungsanspruch (564). c. Bei freiwilligem Besitzverlust blieb die Eigentumsverfolgung grundsätzlich beschränkt (564). d. Guter Glaube des Erwerbers wurde fast allgemein zum Erfordernis des Schutzes gegen jeden Eigentumsanspruch erhoben (565). Bisweilen auch Entgeltlichkeit des Erwerbes (565). e. Als Wirkung wurde statt des bloßen Ausschlusses der Eigentumsverfolgung mehr und mehr der Erwerb und Verlust des Eigentums selbst angenommen (566). Steigerung der relativen Wirkung zur absoluten (566). Ausgestaltung der Wirkung nach Maßgabe des Erwerbstitels (566). II. Geltungsbereich des Schutzes des Erwerbes vom Scheinberechtigten (567). Beschränkung auf den

Digitized by Google

Seite

rechtsgeschäftlichen Verkehr (567). III. Erwerb des Eigentums vom Nichteigentümer (567). 1. Erfordernis des vollen Besitzwechsels (567). Bei Besitzzuweisung (568). Bei Willenseinigung mit dem bisherigen Besitzer (568). Bei Besitzauftragung (569). Bei Anspruchsabtretung (569). Bei Übereignung von Grundstückszubehör durch Auflassung und Eintragung (570). 2. Erfordernis des guten Glaubens (570). Entscheidender Zeitpunkt (570). Mangel des guten Glaubens (570). Der Glaube an Verfügungsmacht des Nichteigentümers genügt nicht (571). Ausnahmen (571). 3. Erfordernis, daſs die Sache nicht dem Eigentümer oder seinem Besitzmittler abhanden gekommen ist (572). Tragweite (572). Ausnahmen (573). IV. Eigentumserwerb vom unbefugt verfügenden Eigentümer (573). Entsprechende Anwendung der Regeln über den Erwerb vom Nichteigentümer in einer Reihe von Fällen (573). Keine Ausdehnung auf andere Fälle (573). V. Erlöschen begrenzter dinglicher Rechte Dritter (574). Ausnahme im Falle der Anspruchsabtretung (575). VI. Erwerb begrenzter dinglicher Rechte vom Nichtberechtigten (575). VII. Ergebnis (575). Die Legitimationskraft des offensichtlichen Fahrnisbesitzes als Rechtsgrund des Erwerbes vom Scheinberechtigten (575). Kein ursprünglicher, sondern abgeleiteter Erwerb (576) 552

§ 135. Ersitzung von Fahrnis. I. Geschichte (576). Älteres deutsches Recht (576). Aufnahme der römischrechtlichen Ersitzung in das gemeine Recht (577). Partikularrechtliche Abwandlungen (577). Das Recht des B.G.B. (578). Verjährung des Eigentumsanspruchs (579). II. Erfordernisse (579). 1. Besitz als Eigenbesitz (579). 2. Guter Glaube (579). 3. Zehnjährige Ersitzungszeit (580). Hemmung (580). Unterbrechung (580). III. Wirkung (580). Eigentumserwerb (580). Erlöschen der Rechte Dritter an der Sache (581) 576

§ 136. Verbindung und Verarbeitung. I. Verbindung (581). 1. Eigentumswechsel durch Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück (581). Bauwerke (581). Pflanzen (582). Baumaterialien (582). 2. Eigentumswechsel durch Verbindung beweglicher Sachen miteinander (582). Vermischung und Vermengung (583). 3. Schicksale der begrenzten dinglichen Rechte an verbundenen Sachen (583). 4. Eintritt der dinglichen Rechtsänderung (584). Persönliche Ansprüche auf Ausgleichung (584). II. Verarbeitung (584). Geschichtliche Entwicklung (584). Eigentumserwerb durch Verarbeitung nach B.G.B. (585). Eintritt der sachenrechtlichen Wirkung (585). Persönliche Ansprüche (586) 581

§ 137. Fruchterwerb. I. Geschichte (586). Das deutsche Prinzip des verdienten Gutes (586). Rechtsverhältnisse in Ansehung der verdienten Frucht (587). Anwendung auf bürgerliche Früchte (588). Aufnahme des römischen Substanzialprinzips (588). Deutschrechtliche Sätze der Partikularrechte (588). Das Recht des B.G.B. (589). II. Eigentumserwerb an Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache (589). Bestandteile, die keine Früchte

Digitized by Google

Seite

sind (589). Früchte, die keine Bestandteile sind (589). 1. Erwerb mit der Trennung kraft Eigentums an der Stammsache (590). 2. Erwerb mit der Trennung kraft dinglichen Rechts an der Stammsache (590). 3. Erwerb mit der Trennung kraft Besitzes der Stammsache (591). a. Kraft gutgläubigen Besitzes (591). b. Kraft Besitzes auf Grund eines zum Erwerbe berufenden persönlichen Rechts (592). Der Fruchterwerb des Pächters (592). Sonstige Fälle (593). 4. Erwerb mit der Besitzergreifung kraft eines persönlichen Rechts (594). III. Ausgleichungsansprüche (594). 1. Fruchtverteilung (594). 2. Herausgabeansprüche und Ersatzansprüche (595). 3. Verknüpfung des Eigentumserwerbes mit einer Verpflichtung zum Wertersatz (595) 586

§ 138. Schutz des Fahrniseigentums. I. Die Eigentumsansprüche (596). Vindikatorischer und negatorischer Anspruch wie bei unbeweglichen Sachen (596). Abholungsanspruch (596). II. Einwirkung des Besitzrechts (597). Der Vermutung aus dem Besitz (597). Des Einwendungsrechtes aus dem Besitz (597). Der Klage aus dem früheren Besitz (597) 596

Viertes Kapitel.

Die begrenzten dinglichen Rechte.

Erster Titel.

Die begrenzten dinglichen Rechte überhaupt.

§ 139. Begriff und Arten. I. Begriff (598). Unmittelbares Herrschaftsrecht (598). Möglich an herrenloser und an eigner Sache (598). Teilherrschaftsrecht (599). II. Arten (599). 1. Selbständige Sachenrechte und sachenrechtliche Ausflüsse personenrechtlicher Verhältnisse (600). Begrenzte dingliche Rechte außerhalb des Sachenrechts auch nach B.G.B. (600). Klassifikation nach dem Inhalte (600). a. Im Allgemeinen drei Gruppen (601). Gebrauchs- und Nutzungsrechte (601). Erwerbsrechte (601). Haftungsrechte (602). Zugehörigkeit mancher Rechte zu mehreren Gruppen (602). b. Die bei dieser Gruppenteilung nicht beachteten Inhaltsunterschiede (602). Vorhandensein oder Fehlen eines Rechtes auf den Besitz (602). Dingliche Rechte mit und ohne Verfügungsmacht (603). Verfügungsmacht als wesentlicher oder sekundärer Inhalt (603). Einschränkung der Verfügungsmacht des Eigentümers als Rechtsinhalt (603). Verschiedenheit des Inhalts vermöge der ungleichartigen Beziehung zum Wert der Sache (604). Wertrechte (604). 3. Einteilung nach der Art der Bestimmung des Subjekts (605). Realrechte und Personalrechte (605). Höchstpersönliche und übertragbare Rechte (605). 4. Unterscheidung nach der Beschaffenheit des Objektes (606). Dingliche Rechte an Liegenschaften (606). An Fahrnis (606). An Rechten (606). An Vermögensinbegriffen (607). 598

§ 140. Dingliche Rechte und Forderungsrechte. I. Forderungsrechte auf Sachherrschaft (607). Gegensatz zu den dinglichen

Digitized by Google

Seite

Rechten (608). Römische Auffassung (608). Deutsche Auffassung (608). Das persönliche Recht als Vorstufe des Sachenrechts (608). Einfluß deutschrechtlicher Vorstellungen nach der Rezeption (609). Die Lehre vom Titel (609). Das Recht zur Sache (610). Die Verdinglichungsfähigkeit der persönlichen Rechte auf Sachherrschaft (611). Grundsätzliche Trennung von Forderungsrechten und dinglichen Rechten im heutigen Recht (611). Gleichwohl Bekleidung von Forderungsrechten mit dinglichen Wirkungen (611). Durch Vormerkung (611). Durch Besitzüberlassung bei liegenschaftlichen Miets- und Pachtrechten und bei Erwerbsrechten an Früchten und anderen Bestandteilen (612). Durch Fahrnisbesitz (612). Das Zurückbehaltungsrecht (612). Das konkursrechtliche Verfolgungsrecht (613). II. Sachenrechte mit Forderungsinhalt (613). 1. Persönliches Schuldverhältnis als Ausfluß eines dinglichen Rechts (613). 2. Persönliches Schuldverhältnis als Voraussetzung eines dinglichen Rechts (614). 3. Selbständige dingliche Schuldverhältnisse (614). 607

Zweiter Titel.

Erbliche Nutzungsrechte.

§ 141. Das Erbbaurecht. I. Begriff (615). II. Geschichte (615). Umbildung der römischen superficies (615). III. Inhalt (616). Kein Schuldverhältnis (617). IV. Wesen (617). Begrenztes dingliches Recht (617). Eigentum am Bauwerk (617). Selbständige liegenschaftliche Gerechtigkeit (618). Personalrecht (618). V. Begründung (618). VI. Übertragung (619). VII. Belastung (619). VIII. Beendigung (620) 615

§ 142. Vererbliche und veräufserliche Nutzungsrechte des Landesrechts. I. Überhaupt (620). Verhältnis zum Begriff der selbständigen liegenschaftlichen Gerechtigkeit (621). Liegenschaftliche Gerechtigkeiten ohne sachenrechtlichen Inhalt (621). Sachenrechte als liegenschaftliche Gerechtigkeiten (621). Bestimmungen des Reichsrechts (621). Bestimmungen der Landesgesetze (621). Die vererblichen und veräufserlichen Nutzungsrechte als eigentumsähnliche Rechte (622). Anähnlichung des Untereigentums (623). Selbständige Gerechtigkeiten als Realrechte (623). II. Einzelne Arten (623). 1. Lehen (623). 2. Stammgüter und Familienfideikommisse (624). 3. Bäuerliche Erbleihen (625). Rechtsverhältnisse bei geteiltem Eigentum (625). Behandlung des Erbpachtrechts in der neuesten Gesetzgebung (626). 4. Beschränkte Nutzungsrechte (628). 5. Bergrecht (629). Bergwerkseigentum (629). Kuxe des alten Rechts (629). Bergrechtliche Gebrauchs- und Nutzungsrechte (630). Aufserhalb des Bergrechts stehende Abbaurechte (630). Selbständige Abbaugerechtigkeiten (631). 6. Wasser- und Deichrecht (632). Nutzungsrechte am Deich (632). Das Hamburgische „Deicheigentum" (632) 620

Digitized by Google

Seite

Dritter Titel.

Die Dienstbarkeiten.

§ 143. Begriff, Geschichte und Arten. I. Begriff (633). II. Geschichte (634). Herkunft aus dem römischen Begriff der Servitut (634). Dingliche Rechte mit dem Inhalt von Dienstbarkeiten im älteren deutschen Recht (634). Kein Gattungsbegriff (635). Aufnahme des römischen Servitutenbegriffs (635). Umbildung desselben behufs Unterstellung ungleichartiger Rechte deutscher Herkunft (635). Reinigung des Servitutenbegriffs in neuerer Zeit (636). Wiederherstellung des römischen Servitutenbegriffs im B.G.B. (636). Abwandlungen deutschrechtlichen Ursprungs (637). III. Arten (637). 1. Grunddienstbarkeiten (637). Ausscheidung von Realrechten mit weiterreichendem Nutzungsinhalt (637). 2. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (637). Ausscheidung von gleichinhaltlichen Personalrechten, wenn sie entweder vererblich und übertragbar oder unselbständig sind (638). 3. Nießbrauch (638). Ausscheidung von gleichinhaltlichen vererblichen und übertragbaren Nutzungsrechten (638). Ausscheidung der ehemännlichen und elterlichen Nutznießung (638). Desgleichen der eigenartigen personalen Nutzungsrechte deutscher Herkunft (638). Somit der Leibzuchtrechte oder Beisitzrechte auf Grund des bisherigen ehelichen Güterrechts (638). Der Nutzungsrechte am Hausgut der hochadligen Familie (638). Der Nutzungsrechte an Anerbengütern (639). Der nicht erblichen bäuerlichen Leiherechte (639). Des Pfründenrechts (639) 633

§ 144. Grunddienstbarkeiten. I. Begriff (640). II. Begründung (641). Abweichendes bisheriges Recht (642). Rechtsgeschäftliche Bestellung ohne Publizitätsform (642). Ausnahmestellung gegenüber dem Grundbuchrecht (643). Einigung und Eintragung im heutigen Recht (643). Ersitzung nach gemeinem Recht und Partikularrechten (644). Wegfall jeder Ersitzung (646). Befreiung der unter der Herrschaft des bisherigen Rechts begründeten Grunddienstbarkeiten vom Eintragungszwange (646). III. Inhalt (647). Beschränkungen nach Art und Maſs (647). Zuständigkeit des Landesrechts (647). Reichsrechtliche Beschränkung durch das Erfordernis des Grundstückvorteils (647). Beschränkung des Inhalts auf ein Dulden oder Unterlassen (648). Zulassung einer auf ein Tun gerichteten Last als Nebenbestandteil (648) Unterhaltungslast hinsichtlich einer Anlage (648). Keine Erstreckung des Inhalts auf eine Gegenleistungslast (649). Ausnahme (650). IV. Verhältnis zum Eigentum (650). Mitbenutzungsrecht des Eigentümers (650). Pflicht des Berechtigten zur schonlichen Ausübung (650). Verlegungszwang (651). V. Verhältnis zu anderen dinglichen Rechten (651). VI. Veränderung (652). Inhaltsänderung (652). Untrennbarkeit von beiden Grundstücken (652). Unteilbarkeit (652). Schicksale bei Grundstücksteilung (652). VII. Schutz (653). 1. Dinglicher Rechtsschutz (653). Ausnahme von der Ausschlieſsung der Anspruchsverjährung gegenüber dem Grundbuch (653). 2. Besitz-

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Digitized by Google

Seite

schutz (653). VIII. Beendigung (654). Rechtsgeschäftliche Aufhebung (654). Wegfall eines der Grundstücke (654). Eintritt einer auflösenden Bedingung oder Frist (654). Versitzung (655). Ausschlußurteil (655). Zuschlag (656). Enteignung (656). Ablösung (656). 640

§ 145. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten. I. Überhaupt (656). Begriff (656). Inhalt und Umfang (656). Höchstpersönliche Natur (656). Bestellung zu Gunsten einer Mehrheit von Personen (657). Zu Gunsten einer juristischen Person (657). Verwendbarkeit für Gemeinde- und Genossenschaftsdienstbarkeiten (657). II. Wohnungsrecht (658). Insbesondere das durch Altenteilsvertrag eingeräumte Wohnungsrecht (658). 656

§ 146. Einzelne Arten von Dienstbarkeiten an Grundstücken. I. Wegerechte (659). 1. Öffentliche Wege (659). Land- und Heerstraßen (660). Gemeindewege (660). Öffentliches Wegerecht (660). Privatrechte am Wegekörper (661). 2. Privatwege (661). Wegedienstbarkeiten (661). Inhalt und Maß (661). Deutschrechtliche Regeln (662). Landesgesetzliche Bestimmungen (662). II. Weiderechte (663). Mittelalterliches Recht (663). Einfluß des römischen Rechts (663). Neuere Gesetzgebung (664). 1. Rechtsverhältnisse bei Weiderechten überhaupt (665). a. Viehgattung (665). b. Stückzahl (665). c. Nur eignes Vieh (665). d. Schonliche Ausübung (666). e. Kulturveränderungen (667). 2. Weidegemeinschaftsverhältnisse (667). a. Mithut (667). b. Hütungsrecht Mehrerer (668). c. Genossenschaftliches Hütungsrecht (668). d. Koppelhut (668). 3. Besondere Arten von Weiderechten (669). a. Schäfereirecht (669). Schäfereigerechtigkeit (669). Stabrecht (670). Pferchrecht (670). b. Mastrecht (671). III. Waldrechte (671). Geschichte (671). Waldweide und Mastung (672). Holzungsrecht (672). Kleinere Waldrechte (673). Staatliche Regelung der Walddienstbarkeiten (675). Ablösung (675). IV. Wasserrechte (675). V. Rechte auf Bodenbestandteile (676). VI. Gebäudedienstbarkeiten (676). Geschichte (676). Arten (677). Fortbestand bei Ersatzbau (678) . . 659

§ 147. Nießbrauch. I. Nießbrauch überhaupt (678). 1. Begriff (679). 2. Arten (679). 3. Begründung (679) 4. Rechtsverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer (680). a. Recht auf den Besitz (680). b. Recht auf die Nutzungen (680). c. Pflicht der Sacherhaltung (681). Versicherungspflicht (681). Lastentragung (681). Veränderungen und Verschlechterungen (682). Verwendungen (682). d. Sicherungsansprüche (682). Zustandsfeststellung (682). Sicherheitsleistung (682). Sequestration (683). e. Rückgabepflicht (683). f. Verjährung (683). 5. Eigentümer und Besteller (683). 6. Nießbrauch und andere Nutzungsrechte (684). 7. Übertragung (684). 8. Schutz (684). 9. Beendigung (684). II. Nießbrauch an Grundstücken (685). Begründung (685). Erstreckung auf Zubehör (685). Umfang des Nutzungsrechts (685). Beendigung (686). Schutz des Mieters oder Pächters (686). III. Nießbrauch an Fahrnis (686). Begründung (686). Beendigung (687). IV. Nießbrauch an Sachinbegriffen (687).

Digitized by Google

Seite

V. Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen (688). VI. Nießbrauch an einem Anteil (689). VII. Nießbrauch an Rechten (689). 1. Rechtsnießbrauch überhaupt (690). a. Bestellung (690). b. Rechtsverhältnis (690). Spaltung der Rechtsherrschaft (690). Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Stammberechtigten (691). Sachenrechtliche Stellung des Nießbrauchers Dritten gegenüber (691). c. Beendigung (692). 2. Forderungsnießbrauch (692). a. Der schlichte Forderungsnießbrauch (693). b. Der Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung (693). c. Rentennießbrauch (694). Nießbrauch an Rechten auf wiederkehrende Leistungen anderer Art und an Rechten, deren Ertrag in einem Gewinnanteil besteht (694). 3. Nießbrauch an Wertpapieren (695). Überhaupt (695). An Inhaberpapieren und in blanco indossierten Orderpapieren (695). An verbrauchbaren Papieren solcher Art (696). VIII. Nießbrauch an einem Vermögen (696). Gesetzliche Konstruktion (696). Möglichkeit von Abwandlungen (697). Gesetzliche Regelung der Schuldenverhältnisse (697). Nießbrauch an einem Sondervermögen (698) 678

Vierter Titel.

Die Reallasten.

§ 148. Begriff, Geschichte, Wesen und Arten der Reallasten. I. Begriff (699). II. Geschichte (700). Lasten auf Grund persönlicher Unfreiheit (700). Auf Grund dinglicher Abhängigkeit (700). Auf Grund öffentlichrechtlicher Unterwerfung (700). Entwicklung selbständiger dinglicher Lasten rein vermögensrechtlicher Art (701). Die Reallasten seit der Rezeption (701). Einwirkung der Grundentlastung (702). Die Reallasten im heutigen Recht (702). III. Wesen (703.) 1. Auffassung des älteren deutschen Rechts (703). Sachenrechtliche Konstruktion (703). 2. Erhaltung der sachenrechtlichen Behandlung nach der Rezeption (704). Theorie des mit Pfandhaftung verbundenen Forderungsrechtes (704). Theorie der servitutes juris Germanici (705). 3. Die neueren Theorien (705). Theorie der schwebenden Bedingungen (705). Theorie der selbständigen Gerechtigkeiten (705). Im Übrigen drei Gruppen (706). a. Die obligationenrechtlichen Theorien (706). b. Die Mischtheorien (707). c. Die sachenrechtlichen Theorien (708). 4. Das wahre Wesen der Reallast (710). Die Reallastberechtigung als begrenztes dingliches Recht (710). Die persönliche Haftung für die einzelne fällige Leistung als unwesentlicher Bestandteil der Reallast (710). Accessorische Natur des Forderungsrechtes, soweit ein solches begründet ist (711). Das dingliche Recht als Nutzungsrecht (711). Das Grundvermögen als Gegenstand (711). Das Leistensollen als Passivbestandteil des Grundvermögens (711). Begriff der dinglichen Schuld (712). Ergänzung des dinglichen Nutzungsrechtes durch ein dingliches Haftungsrecht (712). Die Sachhaftung als wesentlicher, aber sekundärer Bestandteil der

Digitized by Google

Seite

Reallast (712). IV. Arten (713). 1. Unterscheidung der privatrechtlichen Reallasten von den öffentlichrechtlichen Lasten der Grundstücke (713). Das Wesen der letzteren (713). Ihre Abgrenzung (713). Privatrechtliche Reallasten, die in einzelnen Beziehungen den öffentlichen Lasten gleichgestellt sind (714). 2. Unterscheidungen nach der Bestimmung des Subjekts (715). Real- und Personalberechtigungen (715). 3. Nach der Beschaffenheit des Objekts (715). Grundstücks- und Gerechtigkeitslasten (715). 4. Nach dem Rechtsinhalte (716). Rechte auf Naturalabgaben, Arbeitsleistungen und Geldzahlungen (717). Reallasten mit festem und mit wechselndem Leistungsumfang (717). Ständige und unständige Reallasten (717). Landesrechtliche Beschränkungen des zulässigen Inhaltes (717). 2. Nach der Dauer (718) Ewige Reallasten (718). Unablösliche und ablösliche Reallasten (718). Landesgesetzliche Ausschliefsung unablöslicher ewiger Reallasten (718). In einigen Ländern Ausschliefsung aller ewigen Reallasten (718). Vorübergehende Reallasten (718). Tilgungsrenten (719). Befristete und lebenslängliche Berechtigungen (719). 6. Einseitige und gegenseitige Reallasten (719) 699

§ 149. Rechtsgrundsätze bei Reallasten. I. Begründung (720). 1. Durch Rechtssatz (720). 2. Durch Rechtsgeschäft (720). 3. Durch Ersitzung (721). II. Rechtsverhältnis (722). Subjekt der Reallastverpflichtung (722). Schuld- und Haftungsverhältnis (723). 1. Hinsichtlich der Reallast im Ganzen (723). Dingliche Schuld und unselbständige Sachhaftung (723). Ablösungsschuld (724). 2. Hinsichtlich der einzelnen fälligen Leistung (724). Dingliche Schuld und selbständige Sachhaftung (724). Haftung des jeweiligen Eigentümers für Rückstände (724). Eintritt einer persönlichen Schuld des Eigentümers (726). Haftung für die persönliche Schuld (727). III. Schutz (727). 1. Besitzschutz (727). 2. Rechtsschutz (728). Hinsichtlich der Berechtignng im Ganzen (728). Hinsichtlich der einzelnen fälligen Leistung (728). IV. Übertragung (729). V. Teilung (729). Des belasteten Grundstücks (729). Des berechtigenden Grundstücks (731). VI. Umwandlung (731). Fixation und Adaeration (731). VII. Beendigung (732). 1. Rechtsgeschäftliche Aufhebung (732). 2. Erlöschen (732). 3. Verjährung (733). 4. Beendigung durch Zuschlag und Enteignung (734). 5. Ablösung (734). a. Privatrechtliche (734). b. Öffentlichrechtliche (734). Die Ablösungsgesetzgebung (735). Antragsrecht (736). Ablösungsverfahren (737). Ablösungsrente und Ablösungssumme (737). Tilgung der Ablösungsschuld (737). Staatliche Vermittlung (738). Die an den Staat oder eine öffentliche Anstalt fortzuentrichtende Ablösungsrente (738). Anrechte Dritter (739). 6. Gesetzliche Aufhebung (739) . . 720

§ 150. Grundzinse, Zehnten und Fronden. I. Grundzinse (740). 1. Arten (740). Nach der Entstehung (740). Nach dem Inhalte (741). Nach dem belasteten Gut (741). 2. Leistung (741). 3. Folgen der Nichtleistung (742). 4. Verhältnis zu den Renten (743).

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Digitized by Google

Seite

II. Zehnten (744). 1. Entstehung (744). 2. Arten (745). a. Kirchen- und Laienzehnt (745). b. Universal- und Partikularzehnt (746). c. General- und Spezialzehnt, Feldzehnt und Blutzehnt (746). d. Alter Zehnt und Neubruchzehnt (746). 3. Leistung (747). Verfahren bei der Leistung (747). Voraussetzungen der Fälligkeit (747). 4. Umwandlung und Aufhebung (748). III. Fronden (749). 1. Geschichte (749). Staatsfronden (749). Gemeindefronden (750). Herrenfronden (750). 2. Arten (750). Gemessene und ungemessene (750). Ordentliche und aufserordentliche (750). Sässige und walzende (750). Hand- und Spanndienste (751). 3. Leistung (751). Gegenleistung (752). 740

§ 151. Renten als Reallasten. I. Begriff (752). II. Rentenkauf (753). Entstehung und Bedeutung (753). Umbildung des rechtlichen Wesens der Grundzinslast durch den Rentenkauf (754). III. Sonstige Rentengeschäfte (755). IV. Begründung (755). V. Inhalt (756). VI. Übertragung (757). Rentenbriefe (757). VII. Schuldverhältnis (757). Dingliche Schuld (757). Sachhaftung (758). Beschränkungen des Rentenschuldners in der Verfügung über das Grundstück (758). Mehrfache Belastung (759). VIII. Geltendmachung (759). Verzugsfolgen (759). Pfändung (759). Zugriff auf das Grundstück (759). Vergantung (760). IX. Beendigung (760). Ablösung durch Wiederkauf (761). Wiederkaufsrecht des Rentenschuldners (761). Kündigung (762). Kündigung durch den Rentengläubiger (762). X. Spätere Entwicklung (762). Annäherung an das zinsbare Darlehen mit Pfandsicherung (762). Übergang in dasselbe (763). Fortleben des Gedankens des Rentenkaufs (763). Vereinzelter Fortbestand (764). Bestreben nach Wiederbelebung (764). Renten als Reallasten im heutigen Recht (764). Die Rentenschuld des B.G.B. (765). . . . 752

Fünfter Titel.

Näherrecht und dingliches Vorkaufsrecht.

§ 152. Das Näherrecht überhaupt. I. Begriff (766). Namen (776). II. Geschichte (766). Wurzeln (766). Näherrechte im deutschen Mittelalter (767). Erhaltung gegenüber dem römischen Recht (767). Gemeinrechtliche Theorie (768). Regelung in den Partikularrechten (768). Beschränkung und Beseitigung in neuerer Zeit (768). Heutiger Rechtszustand (769). III. Wesen (769). Das Näherrecht als dingliches Recht (769). Selbständiges oder unselbständiges dingliches Recht (771). Anwartschaftliches Recht (771). Erwerbsrecht (772). Durch Eintritt in die Verpflichtungen eines Käufers bedingtes Erwerbsrecht (772). Doppelte Form der Ausgestaltung (772). Das Näherrecht als dingliches Vorkaufsrecht (772). Richtung gegen den verkaufenden Eigentümer (773). Wegfall der Ausübung bei gehörigem Vorkaufsangebot (774). Das Näherrecht als vom Vorkaufsrecht unabhängiges Recht (774). Richtung nur gegen den zum Eigentümer gewordenen Käufer (775). Zulassung der Ausübung bei jedem Verkauf (776). IV. Ausübung (777). 1. Ent-

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Digitized by Google

Seite

stehung der Ausübungsbefugnis durch Verkauf (777). Behandlung sonstiger Veräußerungsgeschäfte (777). 2. Höchtpersönliche Natur der Ausübungsbefugnis (778). 3. Die Bedingung des Eintritts in den geschlossenen Kauf (779). 4. Die Ausübungserklärung (780). 5. Wirkung der gehörigen Ausübungserklärung (780). 6. Kollision mehrerer Näherrechte (781). 7. Erlöschen der Ausübungsbefugnis (782). Insbesondere durch Zeitablauf (783). Verschweigung (783). Fristen (783). Beginn des Fristenlaufs (784). Wirkung für das Näherrecht selbst (785). 766

§ 153. Die gesetzlichen Näherrechte. Gruppen (785). I. Näherrechte kraft Familienrechts (785). Erblosung (785). Ursprung aus dem Erbenwartrecht (785). Formen des Erbenwartrechts (786). Das Beispruchtsrecht der nächsten Erben (786). Abschwächungen (787). Übergang in die Erblosung (788). Umfang der Erblosung (788). Kreis der Berechtigten (789). Heutiges Recht (790). Das gesetzliche Vorkaufsrecht an Anerbengütern (790). II. Näherrechte kraft Genossenschaftsrechts (791). Marklosung, Bürgerretrakt und Landlosung (791). Ritterschaftlicher Retrakt (792). III. Näherrechte kraft Herrschaftrechts (792). Grundherrlicher Retrakt (792). Lehnsretrakt (793). IV. Näherrechte kraft Gemeinschaftsrechts (794). Ganerbenlosung (794). Unter Miteigentümern (794). Unter Miterben (794). Besonderheiten dieser Näherrechte (795). V. Näherrechte kraft Sachzusammenhanges (795). Nachbarlosung (795). Gespilderecht (796). VI. Näherrechte aus Enteignung (797) . . . 785

§ 154. Das gewillkürte Näherrecht. I. Geschichte (797). Älteres deutsches Recht (797). Entwicklung seit der Rezeption (797). Wiederbelebung durch das Grundbuchrecht (798). II. Vorkaufsrecht an einem Grundstück nach geltendem Recht (799). Begründung (799). Gegenstand (800). Subjekt; Personal- und Realvorkaufsrecht (800). Inhalt (800). Beschränkung auf den gesetzlichen Inhalt eines persönlichen Vorkaufsrechts (801). Begründung einer dinglichen Schuld und einer dinglichen Erwerbsmacht (801). Erstreckung auf mehrere oder alle Verkaufsfälle (802). Ausübung (802). Wirkung der Ausübung (803). Eintritt in den Kauf (803). Dingliche Ansprüche gegen Dritte (803). Verpflichtungen aus dem Vorkauf (804). Ihre Verstrickung in die dingliche Wirksamkeit des Vorkaufsrechtes (805). Beendigung (805). Verwendungsmöglichkeiten (806). III. Vorkaufsrecht zu festem Preise (806). IV. Wiederkaufsrecht (807). Bisheriges Recht (807). Recht des B.G.B. (807). Landesrecht (807). Das preußischrechtliche Wiederkaufsrecht an Rentengütern (807). Inhalt (808). Ausübung (808) 797

Sechster Titel.

Das Grundpfandrecht.

§ 155. Das Grundpfandrecht im älteren deutschen Recht. I. Pfandrecht überhaupt (809). Abzweigung des Pfandrechts-

Digitized by Google

Seite

begriffes vom Eigentumsbegriff (809). Einheitlichkeit des Pfandrechtsbegriffes (810). Das Pfandrecht als dingliches Haftungsrecht (810). Verhältnis der pfandrechtlichen Sachhaftung zur persönlichen Haftung und zur Vermögenshaftung (810). Differenziierung von Liegenschafts- und Fahrnispfandrecht (811). II. Ältere Satzung (812). Auflösend bedingte Übereignung zur Sicherung (812). Entwicklung und Absonderung der bloßen Satzung (812). Begründungsform (813). Satzungsgewere und dingliches Recht des Pfandnehmers (813). Ewigsatzung und Todsatzung (814). Eigentum und Gewere des Verpfänders (814). Einlösungsrecht (815). Befriedigung des Satzungsgläubigers aus seinem Nutzungsrecht (815). Übertragung (815). Beendigung (816). Ältere Satzung als Verfallpfand (816). Vereinzelt als Verkaufspfand (816). Das Prinzip der reinen Sachhaftung (817). Schuld und Pfand (817). Ältere Satzung an liegenschaftlichen Rechten (817). III. Jüngere Satzung (818). Ältere Formen der Verpfändung eines Grundstücks ohne Besitzeinräumung (818). Aufschiebend bedingte Übereignung zur Sicherung (818). Aufschiebend bedingtes Nutzungspfandrecht (818). Rein anwartschaftliche Satzungsgewere (818). Stadtrechtliche Verbindung derselben mit der Anweisung als Exekutionsobjekt (819). Die neue Satzung als Rechtsinstitut (819). Rechtsförmliche Bestellung (819). Dingliches Recht und Gewere des Satzungsgläubigers (820). Eigentum und Gewere des Schuldners (820). Verfügungsbeschränkungen (821). Zulassung mehrfacher Verpfändung (821). Wertrechtliche Auffassung (821). Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung (822). Übereignungsverfahren (822). Verkaufsverfahren (822). Das Prinzip der reinen Sachhaftung (823). Neuere Satzung an liegenschaftlichen Gerechtigkeiten (823). Die Vermögenssatzung (824). IV. Verhältnis zum Rentenkauf (825) 809

§ 156. Das Grundpfandrecht seit der Rezeption. I. Die Aufnahme des römischen Pfandrechts (826). Das gemeine Recht (826). Widerstand der Partikularrechte (827). Bedeutung der Reste des einheimischen Rechts für die Neubildung (827). II. Das Nutzungspfandrecht an Liegenschaften (827). Fortbestand und Umbildung der älteren Satzung (827). Untergang des Besitzpfandrechtes an Liegenschaften überhaupt (828). III. Die Entstehung der modernen Hypothek (829). Römische und deutsche Bestandteile (829). 1. Die äufsere Gestalt der modernen Hypothek entstammt der neueren Satzung (829). Partikularrechtliche Erhaltung deutschrechtlicher Verpfändungsformen (829). Meist nur als Mittel für Begründung von Vorzugsrechten (830). Zum Teil mit ausschliefslich rechtsbegründender Kraft bei rechtsgeschäftlicher Pfandsetzung (831). Bisweilen als alleiniges Mittel pfandrechtlicher Grundstücksbelastung (832). Rückkehr zu diesem System seit dem 18. Jahrh. (832). Kursächsisches Recht (832). Preufsisches Recht (832). Österreichisches Recht (833). Konsequenzen des deutschrechtlichen

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Digitized by Google

Seite

Eintragungsprinzips (833). 2. In ihrem inneren Bau beruht die moderne Hypothek auf einer Umbildung des römischen Pfandrechts durch deutschrechtliche Gedanken (833). Wiederverselbständigung des dinglichen Rechtsverhältnisses (833). Durchdringen des Gedankens einer mit der Sachhaftung verbundenen dinglichen Schuld (834). Herkunft dieses Gedankens aus dem Rentenkauf (834). Übernahme des Charakters als Vollstreckungspfand von der jüngeren Satzung (834). Römische Herkunft der kapitalistischen Prägung (835). Deutsche Herkunft der Mittel zur Mobilisierung der Hypothek (835). IV. Die neuere Gesetzgebung (835). Hypothekengesetze (836). Grundbuchgesetzgebung (836). Umbildung des französischen Rechts (837). Österreichisches und schweizerisches Recht (837). Mannigfaltigkeit der Unterschiede (837). Verhalten des B.G.B. (837). Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld als dingliche Rechte gleicher Gattung (838). Der einheitliche Begriff des Grundpfandrechts (838). Umwandlung der älteren Grundpfandrechte (838) 826

§ 157. Die Prinzipien des Grundpfandrechtes. I. Publizität (839). II. Spezialität (840). 1. Gegenständliche Beschränkung auf ein einzelnes Grundstück (840). 2. Inhaltliche Beschränkung auf eine Geldleistung von bestimmter Höhe (840). III. Legalität (840). Materielle Prüfung (841). Formelle Prüfung (841). Prüfung der Zulänglichkeit (841). IV. Selbständigkeit (842). System der akzessorischen Hypothek mit relativer Selbständigheit (842). System der vollkommen selbständigen Hypothek (842). Die preufsischrechtliche Spaltung des Grundpfandrechts in Hypothek und Grundschuld (842). Drei Stufen der Selbständigkeit im B.G.B. (843). 1. Hypothek (843). 2. Sicherungshypothek (843). 3. Grundschuld (843). V. Verkehrsfähigkeit (844). 1. Abhängigkeit des Mafses der Verkehrsfähigkeit von dem Grade der Selbständigkeit (844). 2. Bestimmung des Mafses der Verkehrsfähigkeit durch die Art der Verbriefung (844). Hypothekenbriefe (844). Als öffentliche Beweisurkunden (845). Als Legitimationsurkunden (845). Als Wertpapiere (845). Inhaberpfandbriefe (845). Das System des B.G.B. (846). a. Briefgrundpfandrechte (846). b. Buchgrundpfandrechte (846). c. Inhabergrundpfandrechte (846). VI. Kapitalistische Prägung (847). 1. Nach dem Schuldinhalt (847). Kapitalschuld (847). Abschwächungen (847). Rentenschuld (847). 2. Nach der Haftung (847). Substanzhaftung (847). Einschränkung auf Ertragshaftung (848). VII. Verschuldungsfreiheit (849). Gesetzliche Schranken der Selbstbindung des Eigentümers (850). Verschuldungsgrenze (850) 839

§ 158. Begriff und Wesen des Grundpfandrechts. I. Begriff (851). II. Wesen (851). 1. Dinglichkeit (851). 2. Haftung und Schuld (852). Sachhaftung als primärer Inhalt (852). Dingliche Schuld, für die gehaftet wird (852). Bei der Grundschuld (852). Bei der Hypothek (853). Inhalt der dinglichen Schuld (853). Zahlensollen des Eigentümers (854). Bekommensollen des Gläubigers (854).

Seite

Der Anspruch auf Zahlung aus dem Grundstück (855). Die dingliche Schuld als rein sachenrechtliches Verhältnis (855). 3. Wertrecht (857). Kein reines Wertrecht (857). Annäherung an das System der Wertteilsrechte (858) 851

§ 159. Gemeinsame Rechtsgrundsätze bei Grundpfandrechten. I. Begründung (859). II. Umfang der Belastung (859). Eingetragene Geldbeträge (859). Zinsen und Nebenleistungen (860). III. Gegenstand der Belastung (860). 1. Das Grundstück selbst in seinem jeweiligen Bestande (861). Grundstücksbestandteile (861). 2. Getrennte Bestandteile (861). Flächenstücke (861). Früchte (862). 3. Zubehörstücke (862). 4. Bürgerliche Früchte (863). a. Miets- und Pachtzinsforderungen (863). b. Ansprüche aus einem Realrecht auf wiederkehrende Leistungen (864). 5. Ersatzansprüche (864). a. Versicherungsforderungen (865). Besonderheiten bei der Gebäudeversicherung (866). Zahlung der Versicherungssumme zur Wiederherstellung (867). b. Entschädigungsforderungen aus Enteignung oder gleichgestellten Eingriffen (867). Im übrigen kein Surrogationsprinzip (867). IV. Veränderungen (867). 1. Änderungen des Inhalts (867). 2. Änderungen des Ranges (868). 3. Teilung (868). 4. Übertragung (868). Sachenrechtliche Form (869). Eintritt der Wirkung gegenüber dem Eigentümer (869). Einwendungen des Eigentümers gegenüber dem neuen Gläubiger (870). 5. Belastung (871). 6. Pfändung (871). 7. Übergang kraft Gesetzes (871). V. Geltendmachung (872): Dingliche Klage (872). 1. Vor der Fälligkeit der dinglichen Schuld (872). Ansprüche aus Gefährdung der Sicherheit (872). 2. Nach der Fälligkeit der dinglichen Schuld (873). Anspruch auf Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung (873). Wegfall durch anderweite Befriedigung (874). Lösungsrecht des Eigentümers (874). Lösungsrecht Dritter (874). VI. Beendigung (874). Erlöschen (874). Rechtsgeschäftliche Aufhebung (875). Befriedigung aus dem Grundstück (876). Zwangsversteigerung (876) 859

§ 160. Die Hypothek. I. Begriff (877). II. Begründung (878). III. Persönliche und dingliche Schuld (878). Trennung (879). Erleichterung der Schuldübernahme bei Veräufserung des Grundstücks (879). IV. Forderung und Hypothek (880). 1. Überhaupt (880). Verhältnis zwischen der Forderung und dem dinglichen Gläubigerrecht (880). 2. Öffentlichkeitsprinzip (880). Erstreckung auf die Forderung in Ansehung der Hypothek (880). 3. Übertragung (881). Das Prinzip der Zusammengehörigkeit von Forderung und Hypothek (881). Möglichkeit verschiedener Schicksale in Ansehung des Zeitpunkts der Wirksamkeit (882). Mögliche Trennung der Zuständigkeit (882). 4. Fälligkeit (882). 5. Verzugsfolgen (883). 6. Einreden (883). Verlust von Einreden infolge des Publizitätsprinzips (883). 7. Bestand (884). Möglichkeit des Bestandes der Hypothek ohne die Forderung (884). 8. Geltendmachung (884). Verhältnis der persönlichen und der dinglichen Klage (885). 9. Lösung des Bandes (885).

Digitized by Google

Seite

Insbesondere Forderungswechsel (885). V. Beendigung (886). Keine Beendigung durch Erlöschen der Forderung (889). Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer oder durch den persönlichen Schuldner (886). Schicksale der Forderung bei Beendigung der Hypothek (887) 877

§ 161. Die Briefhypothek. I. Begründung (887). II. Hypothekenbrief (888). Erteilung (888). Der Hypothekenbrief als öffentliche Urkunde (888). Kein selbständiger öffentlicher Glaube, aber Kraft, den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu brechen (889). Der Hypothekenbrief als Wertpapier (889). Zugehörigkeit zu den Rektapapieren (890). III. Erwerb der Briefhypothek (890). Durch Übergabe des Briefes oder gehörigen Ersatz der Übergabe (890). IV. Übertragung der Briefhypothek. 1. Rechtsgeschäftliche Übertragung (891). Briefübergabe und Abtretungserklärung (891). Wirkung der Übertragung mittels privatschriftlicher Abtretungserklärung (892). Verstärkte Wirkung der Übertragung mittels öffentlich beglaubigter Abtretungserklärung (892). Wirkung der Übertragung mittels Bucheintrages (893). 2. Belastung (893). 3. Pfändung (894). 4. Gesetzlicher Übergang (894). V. Geltendmachung (895). Der Brief kein Praesentationspapier (895). Aber Einlösungspapier (895) 887

§ 162. Die Buchhypothek. I. Begründung (896). II. Erwerb (896). Sperrfrist für die Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die Forderung bei der Darlehnshypothek (896). III. Übertragung (897). IV. Geltendmachung (897) 896

§ 163. Die Sicherungshypothek. I. Die Sicherungshypothek überhaupt (898). 1. Begriff (898). 2. Begründung (898). Rechtsgeschäftliche Bestellung (898). Anspruch auf Bestellung aus gesetzlichem Pfandtitel (898). Auferlegung im Wege der Zwangs- oder Arrestvollstreckung (899). Entstehung ohne Eintragung auf Grund eines Pfandrechts an der Forderung auf Grundstücksübereignung (900). Entstehung im Wege gesetzlicher Umwandlung (900). 3. Wirkung (901). Abhängigkeit des dinglichen Rechts von der Forderung (901). Gleichwohl besitzt auch die Sicherungshypothek das dem Wesen des modernen Grundpfandrechts entsprechende Maß von Selbständigkeit (902). II. Sicherungshypothek für Forderungen aus Inhaber- oder Orderpapieren (902). Begründung (903). Kein Hypothekenbrief, aber Aufnahme des Grundpfandrechts in das Inhaber- oder Orderpapier (904). Verkehrsfähigkeit trotz grundsätzlicher Unselbständigkeit der Hypothek (904). Zulässigkeit der Bestellung eines Gläubigervertreters als Treuhänders (904). Rechtsstellung des Treuhänders (905). Verhältnis desselben zu einem vertragsmäßigen oder gesetzlichen Gläubigerverband (906). III. Höchstbetragshypothek (906). Bestellung (906). Umfang der dinglichen Schuld (907). Übertragung der Forderung ohne die Hypothek (907). Das in Höhe des Betrages, um den die Forderung jeweilig hinter

Digitized by Google

Seite

dem Höchstbetrage zurückbleibt, bestehende Eigentümergrundpfandrecht (908). 898

§ 164. Die Grundschuld. I. Begriff und Wesen (909). Begriffliche Selbständigkeit der dinglichen Schuld, für die das Grundstück haftet (909). Ein persönliches Schuldverhältnis braucht nicht zu bestehen (909). Besteht es, so ist es sachenrechtlich bedeutungslos (910). Abstrakte Natur der dinglichen Schuld (910). Die Grundschuld als das reine Grundpfandrecht (911). II. Begründung (911). Durch Bestellung (911). Durch Umwandlung (911). III. Rechtsverhältnisse (912). Modalitäten der dinglichen Schuld (912). Übertragung (912). Befriedigung (912). Geltendmachung (913). Beendigung (913). IV. Briefgrundschuld (913). Grundschuldbrief (913). Grundschuldbriefe auf den Inhaber (914). V. Buchgrundschuld (915). . 909

§ 165. Die Rentenschuld. I. Begriff und Wesen (915). Unterschied von einer ablöslichen Reallast (915). II. Begründung (916). Bestellung (916). Erfordernis der Festsetzung und Eintragung einer Ablösungssumme (916). Bedingte oder befristete Rente als Rentenschuld (916). Tilgungsrente (916). Entstehung durch Umwandlung (917). III. Rechtsverhältnisse (917). Hinsichtlich der einzelnen Renten (917). Hinsichtlich der Ablösungssumme (917). Das Ablösungsrecht des Eigentümers (917). Ansprüche des Gläubigers (918). Schicksale der Rentenschuld im Falle der Ablösung (918). IV. Briefrentenschuld (918). Rentenschuldbrief (918). Rentenschuldbriefe auf den Inhaber (918). V. Buchrentenschuld (918). . 915

§ 166. Die Eigentümergrundpfandrechte. I. Überhaupt (919). Entwicklung auf deutschrechtlicher Grundlage (919). Im Falle der Vereinigung von Hypothek und Eigentum (919). Im Falle der Befriedigung durch den Eigentümer (920). Bei Erlöschen der Forderung (920). Erscheinen im Grundbuch (920). Zulassung ursprünglicher Begründung (920). Steigerung der Wirksamkeit (921). Vollendung im B.G.B. (921). Das Eigentümergrundpfandrecht als allgemeingültige und für den Bau des gesamten Grundpfandrechts grundlegende Rechtseinrichtung (921). II. Wesen (921). Besonderes dingliches Recht neben dem Eigentum oder Teilinhalt des Eigentums? (921). Unterscheidung der subjektiven und der objektiven Seite (922). Als subjektives Rechtsverhältnis hat das Eigentümergrundpfandrecht keinen dem Eigentum gegenüber selbständigen Bestand (922). Dagegen ist der objektive Bestand eines vom Eigentum getrennten besonderen Rechtes am Grundstücke gegeben (923). III. Arten (924). 1. Eigentümerhypothek (924). 2. Eigentümergrundschuld (924). IV. Entstehung (924). 1. Ursprüngliche Entstehung (925). a. Durch ausdrückliche Bestellung einer Eigentümergrundschuld (925). b. Durch Bestellung einer Hypothek, wenn oder soweit die eingetragene Forderung nicht zur Entstehung gelangt (925). Nicht auszudehnen auf den Fall des Mangels einer wirksamen dinglichen Einigung (926). Nur die Zwangs- oder Arresthypothek entsteht mangels sachenrecht-

Digitized by Google

Seite

licher Grundlage ihrer Eintragung als Eigentümergrundschuld (927). c. Durch Bestellung eines Briefgrundpfandrechts bis zur Übergabe des Briefes (927). 2. Entstehung durch Übergang eines Gläubigergrundpfandrechts auf den Eigentümer (928). a. Erwerb des Grundpfandrechts durch den Eigentümer oder des Eigentums durch den Grundpfandgläubiger aus den allgemeinen Erwerbsgründen (928). b. Übergang infolge Verzichtes des Gläubigers (928). c. Erwerb durch Ablösung mittels Befriedigung des Gläubigers (929). d. Übergang der Hypothek auf den Eigentümer infolge Erlöschens der Forderung (929). e. Übergang des Grundpfandrechts auf den Eigentümer infolge Ausschliefsung des unbekannten Gläubigers im Wege des Aufgebotsverfahrens (930). α. Auf Grund der Verschweigung des Gläubigerrechts (930). β. Behufs Ablösung (930). V. Inhalt (931). Befriedigung aus dem Grundstück im Falle der von einem Anderen betriebenen Zwangsvollstreckung (931). Bezug von Zinsen oder Renten während der Zwangsverwaltung (931). Geltendmachung der Forderung bei der Eigentümerhypothek (932). Zurückstehen des dem Eigentümer zugefallenen Teilgrundpfandrechts hinter dem Restgrundpfandrecht des Gläubigers (932). VI. Verfügung (932). 1. Der Eigentümer kann das Eigentümergrundpfandrecht als besonderen Vermögensgegenstand in seiner Hand behalten (932). Anspruch auf Grundbuchberichtigung (932). Herbeiführung einer Veränderung (933). Belastung (933). Pfändung (933). 2. Der Eigentümer kann das Eigentümergrundpfandrecht übertragen (933). Verbindung der Übertragung mit Umwandlung (934). Gerichtliche Überweisung (934). Verbleiben beim Eigentümer im Falle der Übertragung des Eigentums am Grundstück (934). 3. Der Eigentümer kann das Eigentümergrundpfandrecht löschen lassen (934). Vormerkung zur Sicherung des einem Anderen eingeräumten Anspruchs auf Löschung (934) 919

§ 167. Die Gesamtgrundpfandrechte. I. Begriff (935). II. Entstehung (935). Rechtsgeschäftliche Bestellung (936). Entstehung durch Grundstücksteilung (936). Buchung (936). Brief (936). III. Übertragung (936). IV. Inhalt (936). Dingliche Gesamtschuld mit solidarischer Haftung der Grundstücke (936). 1. Strenge Geltung des Solidarprinzips zugunsten des Gläubigers (936). Keine Beschränkung seiner Wahlfreiheit (937). 2. Keine Schuldgemeinschaft unter den Schuldnern (937). Keinerlei Ausgleichungspflicht auf Grund der dinglichen Gesamtschuld (937). Jedoch Mitsicherung anderweit begründeter Regrefsansprüche durch das Gesamtgrundpfandrecht (937). V. Schicksale bei Erledigung des Gläubigerrechts (938). 1. Befriedigung durch den Eigentümer (938). Übergang auf den Eigentümer (938). Befriedigt aber einer von mehreren Eigentümern, so erwirbt er das Gesamtgrundpfandrecht nur an seinem Grundstück, während es an den anderen Grundstücken erlischt (938). Nur insoweit er bereits einen Ersatzanspruch gegen einen anderen Eigentümer hat, erwirbt er das Grundpfandrecht

Digitized by Google

Seite

an dessen Grundstück als eine mit seinem Eigentümergrundpfandrecht zum Gesamtgrundpfandrecht verbundene Regrefshypothek (938). Der Befriedigung steht Erwerb durch rechtsgeschäftliche Übertragung und eine in der Person des Eigentümers eintretende Vereinigung gleich (938). 2. Befriedigung durch den persönlichen Schuldner (939). 3. Verzicht des Gläubigers (939). Ausschliefsung auf Grund von Verschweigung (939). 4. Sonstige Fälle des Eigentümergrundpfandrechts (939). 5. Befriedigung aus dem Grundstück (940). Erlöschen an allen Grundstücken (940). Möglicher Erwerb des Gesamtgrundpfandrechtes als Regrefshypothek (940). 6. Rangverhältnis (940). 7. Gemeinschaftliches Eigentümergrundpfandrecht (940). Sachenrechtliche Gemeinschaft zur gesamten Hand (940). Unausgeschiedene Wertanteile (941). Aussonderungsanspruch (941). VI. Verteilung durch Zerlegung in Einzelgrundpfandrechte (941). Einseitige Verteilung durch den Gläubiger (941). Verteilung auf Grund der Gemeinschaftsauseinandersetzung (941). Verteilung ohne Willen des Gläubigers im Zwangsvollstreckungsverfahren (942). Abwendung durch den Gläubiger (943). Gesamthaftung des Erlöses mehrerer Grundstücke (943) 935

§ 168. Pfandbriefverbände. I. Überhaupt (943). II. Pfandbriefgenossenschaften (944). 1. Öffentliche (944). Landschaften und verwandte Kreditvereine (944). Ihre Rechtsstellung als öffentliche Köperschaften (944). Die Körperschaft als Gläubigerin ihrer Mitglieder (945). Die Körperschaft als Schuldnerin (946). Die Pfandbriefe (946). Ältere (947). Neuere (947). Zentralpfandbriefe (948). 2. Private (948). III. Pfandbriefanstalten (949). 1. Öffentliche (949). 2. Private (950). Hypothekenbanken (950). Die Pfandbriefdarlehen (950). Die Hypothekenpfandbriefe (951). Ihr Vorzugsrecht (952). Der Treuhänder (952). Seine Rechtsstellung (953). Geltendmachung der Pfandbriefforderungen im Konkurse (954). Natur des Vorzugsrechts (954). Ausdehnung (955) 943

Siebenter Titel.

Das Fahrnispfandrecht.

§ 169. Geschichtliche Entwicklung des Fahrnispfandrechts. I. Älteres deutsches Recht (955). Pfandrecht aus Pfandgabe und aus Pfandnahme (955). 1. Faustpfandrecht (956). Begründung (956). Gewere und dingliches Recht des Pfandgläubigers (957). Sachhaftung (957). Gewahrsam (957). Nutzung (957). Rückgabepflicht (958). Haftung für Gefahr (958). Befriedigung aus dem Pfande (959). Verfallpfand (960). Verkaufspfand (960). 2. Pfandrecht ohne Besitz (961). Vermögenssatzung in Ansehung von Fahrnis (961). Anwendung der jüngeren Satzung des Liegenschaftsrechts auf Fahrnis (961). Bei Schiffen (962). Bei sonstigen Fahrnisstücken und Fahrnisinbegriffen (962). II. Neuere Entwicklung (963). Aufnahme des römischen Rechts in das gemeine Recht (963). Nachwirkungen des einheimischen Rechts in den Partikularrechten (963). Wieder-

Digitized by Google

Seite
erstehung der deutschrechtlichen Prinzipien der Publizität und der Spezialität (964). Ergebnis (965). Bindung des Fahrnispfandrechts an die Erscheinung in offenkundigem Besitz (965). Beseitigung der Generalpfandrechte (966). Sachhaftung (967). Unselbständigkeit (967). Rechte und Pflichten aus dem Pfandbesitz (967). Befriedigung (967). Gerichtlicher oder privater Pfandverkauf (968). Pfandleihgewerbe (969). Schiffspfandrecht (969). Sonstige Registerpfandrechte (969). Pfandrecht an unkörperlichen Gegenständen (969) 955

§ 170. Das Faustpfandrecht an beweglichen Sachen. I. Begriff (970). II. Voraussetzungen (970). 1. Gegenstand (970). Gesamtsachen (971). Zubehörsachen (972). 2. Forderung (972). Pfandrecht für bedingte und künftige Forderungen (972). III. Begründung (973). 1. Rechtsgeschäftliche Bestellung (973). Dinglicher Vertrag (973). Übergabe (973). Ersatz der Übergabe (974). Einschränkung des Ersatzes der Übergabe durch Besitzverträge (974). Ersatz der Übergabe durch Einräumung des Mitbesitzes (975). Verpfändung durch den Nichteigentümer (975). 2. Entstehung von Pfandrechten kraft Gesetzes (976). Gesetzliche Pfandrechte, zu deren Voraussetzungen Besitzerwerb gehört (976). Gesetzliche Pfandrechte ohne Besitz (977). Die für gesetzliche Pfandrechte geltenden Rechtssätze (978). 3. Entstehung von Pfandrechten durch Pfändung (978). Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung (978). Privatpfändung (979). IV. Mehrheit von Pfandrechten (979). Altersvorzug (979). Abweichende Rangverhältnisse (980). V. Umfang der Haftung (981). VI. Gegenstand der Haftung (981). VII. Recht auf Besitz (982). Nutzungsrecht (982). VIII. Schuldverhältnis aus dem Pfandbesitz (983). 1. Pflichten des Pfandgläubigers (983). 2. Rechte des Pfandgläubigers (984). IX. Schutz (985). X. Befriedigung (985). Ablösung (985). XI. Pfandverkauf (986). 1. Verkaufsberechtigung (986). 2. Vornahme des Verkaufs (987). a. Die gesetzliche Form des Selbstverkaufs (987). b. Gewillkürte abweichende Verkaufsart (988). c. Gerichtlicher Verkauf (988). 3. Wirkungen (988). a. Inhalt der sachenrechtlichen Wirkungen (988). α. In Ansehung der Sache (988). β. In Ansehung des Kaufpreises (989). b. Eintritt der sachenrechtlichen Wirkungen (990). α. Rechtmäfsiger Pfandverkauf (990). β. Nicht rechtmäfsiger Pfandverkauf (990). γ. Wirkungskraft des guten Glaubens des Erwerbers (990). 4. Legitimation des Verpfänders (991). XII. Übertragung (991). Abtretung mit der Forderung (992). Belastung (992). Pfändung (992). Gesetzlicher Übergang (992). Anspruch des neuen Gläubigers auf Pfandbesitz (992). Wirkung der Erlangung des Pfandbesitzes (993). XIII. Beendigung (993). 1. Infolge Erlöschens der Forderung (993). 2. Beendigung des Pfandrechtes für sich (993). Erlöschen (993). Rechtsgeschäftliche Aufhebung (994). Rückgabe (994). Sonstiger Besitzverlust (994). Vereinigung mit dem Eigentum (995). XIV. Pfandrecht an einem Bruchteil (995). XV. Eigentumsübertragung zur Sicherung (996). Zulässigkeit (996). Arten (996). XVI. Pfandleih-

Digitized by Google

Seite

gewerbe (997). Öffentliche Pfandleihanstalten (997). Private Pfandleiher (998). Sonderrechtliche Vorschriften über den Geschäftsbetrieb (998). Einschränkungen der Vertragsfreiheit (998). Pfandbuch (999). Pfandschein (999). Aufbewahrungspflicht (999). Reine Sachhaftung (1000). Gefahrtragung (1000). Lösungsanspruch (1000). 970

§ 171. Das Schiffspfandrecht. I. Geschichte (1000). II. Gegenstand (1001). III. Wesen (1002). IV. Besonderheiten nach dem Vorbilde des Liegenschaftsrechts (1002). 1. Bestellung (1002). 2. Rang (1003). 3. Publizität (1003). Grenzen der Publizitätswirkungen des Schiffsregisters (1004). 4. Umfang der Haftung (1004). 5. Gegenstand der Haftung (1004). 6. Übertragung (1004). 7. Befriedigung (1004). 8. Beendigung (1005). V. Verhältnis zum Pfandrecht der Schiffsgläubiger (1005). 1000

§ 172. Pfandrecht an Rechten. I. Überhaupt (1006). II. Wesen (1007). III. Zulässigkeit (1008). Unverpfändbare Rechte (1008). Unpfändbare Rechte (1008). IV. Begründung (1009). 1. Rechtsgeschäftliche Bestellung (1009). Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbes (1010). 2. Entstehung kraft Gesetzes (1011). 3. Durch Pfändung (1011). V. Wirkungen (1011). 1. Nutzungen (1012). 2. Verhältnis zu dem kraft des belasteten Rechts Verpflichteten (1012). 3. Befriedigung (1012). VI. Übertragung (1013). VII. Beendigung (1013). VIII. Forderungspfandrecht (1013). Seine Besonderheiten (1013). 1. Einziehungsrecht (1013). 2. Verhältnis zum Schuldner (1014). Verteilung der Rechtsmacht zwischen Stammgläubiger und Pfandgläubiger (1014). a. Von vornherein (1014). b. Nach Eintritt der Fälligkeit (1014). c. Regelung durch Vereinbarung (1015). d. Dingliche Wirkung der Verteilung (1015). 3. Verhältnis zwischen Stammgläubiger und Pfandgläubiger (1015). Gemeinschaft (1016). 4. Wirkung der Leistung des Schuldners (1016). 5. Erstreckung auf die Zinsen (1016). X. Pfandrecht an Wertpapieren (1017). Rechtspfandrecht im Gewande des Sachpfandrechts (1017). Allgemeine Grundsätze (1017). 1. An Rektapapieren (1018). 2. An Orderpapieren (1018). 3. An Inhaberpapieren (1019). X. Rechtsabtretung zur Sicherung (1020). 1006

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Berichtigungen.

S. 16 Anm. 54 Z. 3: l. „Const. El.“ statt „Const. Bl.“

S. 234 Anm. Z. 3 v. o: muſs die Verweisung auf § 133 und 134 statt auf § 128 und 129 lauten.

S. 260 Anm. 63 Z. 2: l. § 973 statt § 273.

S. 265 Anm. 87 a. E.: l. § 776 statt § 766.

S. 585 Anm. 27 a. E.: l. § 719 statt Art. 776.

S. 595 Text Z. 3 v. u.: l. „Wertersatz“ statt „Wertansatz“.

S. 639 Z. 5 v. u.: l. „personalen“ statt „persönlichen“.

S. 829 ist die Seitenzahl 829 zu ergänzen.

S. 850 Anm. 49: l. § 1202 statt § 1902.

Digitized by Google

Ergänzungen.

Zu S. 15—726. Als „Schweiz. Entw." ist hier überall der i. J. 1900 veröffentlichte „Vorentwurf" zitiert. Die angeführten Paragraphen sind in dem durch Botschaft des Bundesrats v. 28. Mai 1904 der Bundesversammlung zugestellten Entwurf durch anders bezifferte Paragraphen ersetzt. Nachstehend folgen die neuen Ziffern unter Angabe der vorgenommenen Änderungen. Soweit nichts bemerkt ist, sind keine oder nur unerhebliche Änderungen erfolgt.

S. 15 Anm. 48: statt § 658 jetzt 649. Der Ausdruck „unbewegliche Sachen" ist durch „Grundstücke" ersetzt; es heifst dann: „Grundstücke im Sinne dieses Gesetzes sind 1. die Liegenschaften, 2 die . . . Rechte . . ., 3. die Bergwerke."

S. 40 Anm. 5: statt § 676—677 jetzt 667—668.

S. 72 Anm. 6, 8, 9, S. 73 Anm. 11, S. 76 Anm. 25: statt § 647 u. 648 jetzt 638 u. 639.

S. 212 Anm. 3, 217 Anm. 29: statt § 961 jetzt 957.

S. 219 Anm. 37: statt § 962 jetzt 958 mit hinzugefügtem Abs. 2: „Wer eine Sache als Eigentümer besitzt, hat selbständigen Besitz, der andere unselbständigen."

S. 223 Anm. 59: statt § 979—982 jetzt 975—978.

S. 226 Anm. 75: statt § 961 Abs. 2 jetzt § 957 Abs. 2.

S. 227 Anm. 2: statt § 963—967 jetzt 959—963.

S. 233 Anm. 19: statt § 964 Abs. 1 jetzt 960 Abs. 1.

S. 236 Anm. 28: statt § 964 Abs. 2 jetzt 960 Abs. 2.

S. 249 Anm. 11: statt § 968 jetzt 964.

S. 253 Anm. 29 u. 31: statt § 969 u. 970 jetzt 964 u. 966.

S. 254 Anm. 35: statt § 971 jetzt 967. Die Ausschlufsfrist ist auf 6 Monate verkürzt.

S. 258 Anm. 51: statt § 972—973 jetzt 968—969.

S. 260 Anm. 63: statt § 973 Abs. 2—3 jetzt 969 Abs. 2—3.

S. 261 Anm. 66: statt § 973 Abs. 1 jetzt 969 Abs. 1.

S. 262 Anm. 77: statt § 979 Abs. 2 jetzt 975 Abs. 2.

S. 264 Anm. 85: statt § 972—973, 974, 977—982 jetzt 968—969, 970, 973—978.

S. 265 Anm. 87: statt § 664—666 jetzt 655—657. Die vom Buch unabhängige 10jährige ordentliche Ersitzung ist gestrichen, bei der 30jährigen Ersitzung ist das Erfordernis des guten Glaubens fallen gelassen. — Statt § 724, 739, 776 jetzt 721, 737, 773.

S. 266 Anm. 89: statt § 721, 739, 983 jetzt 718, 737, 779.

S. 288 Anm. 96: statt § 984—1019 jetzt 980—1015.

S. 327 Anm. 104: statt § 1015—1016 jetzt 1011—1012.

S. 334 Anm. 133: statt § 1002, 1003, 1004 jetzt 998, 999, 1000.

S. 393 Anm. 1: statt § 658 jetzt 649.

S. 394 Anm. 3 u. 5: statt § 669 jetzt 660.

S. 426 Anm. 30: statt § 701 jetzt 695 (verändert).

S. 443 Anm. 115: § 663 ist die Ziffer des Entw. (Vorentw. § 672).

S. 542 Anm. 89: statt § (Art.) 716 jetzt 713.

S. 543 Anm. 95: statt § (Art.) 717 jetzt 714 (unter Hinzufügung einer Verpflichtung des Grundeigentümers zur Gestattung der Ausgrabung und Bergung gegen Entschädigung).

S. 546 Anm. 5: statt § (Art.) 707 jetzt 703.

S. 562 Anm. 44: statt § (Art.) 976 ff. jetzt 972 ff. und dazu eingefügt 701 Abs. 2.

S. 564 Anm. 59: statt § (Art.) 977 Abs. 2 jetzt 973 Abs. 2, wo die Fassung des O.R. wiederhergestellt ist.

S. 579 Anm. 14: statt § 721 Abs. 2 jetzt 718 Abs. 2.

Digitized by Google

S. 583 Anm. 15: statt 720 jetzt 717.
S. 584 Anm. 18: statt § 720 Abs. 3 jetzt 717 Abs. 3.
S. 585 Anm. 27: statt § 719 (irrtümlich Art. 776) jetzt 716.
S. 586 Anm. 33: statt § 719 Abs. 3 jetzt 716 Abs. 3.
S. 641 Anm. 6: statt § (Art.) 726 jetzt 723.
S. 702 Anm. 9: statt § 775—786 jetzt 772—782. Nach dem neu zugefügten Abs. 3 des § 772 kann, abgesehen von der Gült und den öffentlichrechtlichen Grundlasten, eine Grundlast nur eine Leistung zum Inhalt haben, die entweder mit der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks zusammenhängt, oder für die wirtschaftlichen Bedürfnisse eines berechtigten Grundstücks bestimmt ist.
S. 726 Anm. 35, 39 u. 40: statt § 785 jetzt 781.

Zu S. 62 Anm. 65. Eingehend trägt Hellwig seine Lehre von den selbständigen Sondervermögen auch im Lehrbuch des deutschen Zivilprozeſsrechts, Bd. I, Leipzig 1903, § 44—47 vor.

Zu S. 102. Über die Versicherungsmarke handelt eingehend Rosin, Das Recht der Arbeiterversicherung, Bd. II, Berlin 1905, § 40 S. 409—430. Über ihre Funktion als Zahlungsmittel insbesondere S. 419 ff. Rosin erklärt sie zugleich für ein Inhaberpapier im Sinne des § 807 B.G.B. Daher seien auch § 794 und § 935 Abs. 2 auf sie anwendbar.

Zu S. 105 Anm. 8. Der Schweiz. Entw. in der vom Bundesrat durch Botschaft v. 3. März 1905 vorgeschlagenen Ergänzung bringt einen Tit. 52 mit der Überschrift „Die Wertpapiere" und definiert in § 1682: „Wertpapier im Sinne dieses Gesetzes ist eine Urkunde, mit der ein Recht, auf das sie lautet, derart verknüpft erscheint, daſs ohne die Urkunde das Recht weder geltend gemacht noch auf Andere übertragen werden kann".

Zu S. 118 Anm. 55. Vgl. Schweiz. Entw. § 1683.

Zu S. 132 Anm. 1. Allgemeine Vorschriften über Rektapapiere bringt der Schweiz. Entw. § 1684—1688 unter der Überschrift „Die Namenpapiere".

Zu S. 135 Anm. 22. Vgl. Schweiz. Entw. § 1684 Abs. 2. In Abs. 3 wird hier hinzugefügt, daſs die Abtretung des Rechtes für sich einen persönlichen Anspruch auf Übergabe der Urkunde, die in Abtretungsabsicht erfolgte Übergabe der Urkunde einen persönlichen Anspruch auf formgerechte Rechtsabtretung begründet

Zu S. 139 Anm. 46. Nach Schweiz. Entw. § 1686 befreit nur „die in guten Treuen erfolgende Leistung" an den Inhaber.

Zu S. 140 Anm. 51. Kraftloserklärung aller Namenpapiere wird in Schweiz. Entw. § 1688 vorgesehen.

Zu S. 172 Anm. 90. Über die Leistung an den geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Inhaber, deren Wirksamkeit Oertmann, D.J.Z. IX 1127 ff., mit Unrecht verneint, habe ich näher in der D.J.Z. X 92 ff. gehandelt.

Zu S. 173 Anm. 94. Der Schweiz. Entw. § 1699 Abs. 2 schlieſst ausdrücklich die Befreiung durch Leistung an den Inhaber aus, wenn der Verpflichtete „weiſs, daſs der Inhaber nicht berechtigt ist".

Zu S. 303 Z. 8. Gegenüber der vom R.Ger. und den O.L.G. Dresden und Kolmar gebilligten, mit den Bedürfnissen des Lebens unvereinbaren Praxis, die unter Berufung auf den Wortlaut des § 55 Abs. 1 der Grdb.O. die Eintragung eines neuen Eigentümers den Grundpfandgläubigern nicht bekannt macht, weil ihr Recht nicht

Digitized by Google

„betroffen" sei, ist im Reichtage ein Antrag auf Abänderung des § 55 angenommen. Es wäre bedauerlich, wenn der Weg der Gesetzgebung beschritten werden müfste, um die Praxis zur Korrektur eines zweckwidrigen Verhaltens zu veranlassen, zu dem sie der Gesetzesbuchstabe keineswegs zwingt. Vgl. den Jahresbericht der Direktion der Preufsischen Zentral-Bodenkredit-Aktiengesellschaft für 1904 S. 12—13. Auch Heinitz, D.J.Z. X 400.

Zu S. 330 Anm. 19. In eingehender Darlegung sucht jetzt Mitteis, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht, Leipzig 1905, S. 20 ff., die Ansicht zu begründen, dafs die Verpachtung und Besitzüberlassung seitens des Scheineigentümers eine dingliche Gebundenheit des wahren Eigentümers bewirke. Ich kann seine Beweisführung nicht als schlüssig anerkennen.

Zu S. 422 Anm. 15—16. Das R.Ger. LVIII Nr. 32 stellt allgemein den Grundsatz auf, dafs stets, wenn der Anspruch auf Beseitigung der Störung infolge einer obrigkeitlichen Verfügung (z. B. Konzessionierung einer Kleinbahn) ausgeschlossen ist, ein vom Nachweis des Verschuldens unabhängiger Anspruch auf Schadenersatz an die Stelle tritt.

Zu S. 450 Anm. 30. Vgl. auch Kriegsmann, Der Rechtsgrund (causa) der Eigentumsübertragung, Berlin 1905, S. 64 ff.

Zu S. 462 Anm. 80. Dagegen tritt die sachenrechtliche Wirkung des Zuschlags nicht ein, wenn die gehörige Aufforderung zur Geltendmachung der entgegenstehenden Rechte nicht ergangen ist. Daher auch nicht, wenn bei der Aufforderung das Grundstück nicht hinreichend erkennbar für Dritte bezeichnet wurde: R.Ger. LVII Nr. 46.

Zu S. 478 Anm. 59. Als ein subjektives öffentliches Recht, das verschieden beschaffen sein könne, konstruiert auch M. Papenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1905, § 54 S. 368 ff., das verliehene Enteignungsrecht.

Zu S. 546 Anm. 7. D. Stöver, Arch. f. b. R. XXVI 149 ff., will das im § 929 geforderte Einigsein im Gegensatz zu der liegenschaftsrechtlichen Einigung, die er als dinglichen Vertrag anerkennt (S. 182 ff.), nur als Bestandteil des sachenrechtlichen Vertrages gelten lassen (S. 170 ff.). Seine Konstruktion beruht aber auf der irrigen Annahme, dafs die Übergabe selbst ein Rechtsgeschäft sei (S. 165 ff.).

Zu S. 547 Anm. 9. Eingehend jetzt Kriegsmann a. a. O. (oben zu S. 450) S. 98 ff.

Zu S. 990. Darüber, von welchen Voraussetzungen bei dem Verkauf einer gepfändeten Sache durch den Gerichtsvollzieher der Eigentumsübergang abhängt und welche dieser Voraussetzungen durch guten Glauben des Erwerbers ersetzt werden, vgl. M. Wolff, Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache, Berlin 1905 (aus der Festgabe für Hübler), S. 6—11.

Zu S. 991 Anm. 98. Über die Anwendung des Surrogationsprinzips des § 1247 auf den Erlös aus dem rechtswirksamen Verkauf einer gepfändeten Sache, an der ein Pfändungspfandrecht nicht erworben war, vgl. M. Wolff a. a. O. S. 14—19.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.
Sachenrecht.

Erstes Kapitel.
Die Gegenstände des Sachenrechts.

Erster Titel.
Die Sachen überhaupt.

§ 100. Die Rechtsstellung der Sachen.

I. Gegenstände des Sachenrechts sind die Sachen (oben Bd. I § 31). Als Sachenrecht oder dingliches Recht bezeichnen wir jedes Recht, das seinem Subjekt die Herrschaft über einen als Sache ausgeschiedenen Bestandteil der äufseren Güterwelt Jedermann gegenüber verschafft (oben Bd. I § 29 II 2). Alle Sachenrechte sind absolute Rechte, und alle sind Vermögensrechte. Nach Inhalt und Umfang aber der von ihnen gewährten Herrschaft sind sie untereinander mannigfach verschieden. Diese Verschiedenheit wird zum grofsen Teil durch die ungleiche Beschaffenheit der Sachen bestimmt.

Das deutsche Recht räumte von je den Sachen einen ungemein kräftigen Einflufs auf die Prägung des Sachenrechts ein. Es behandelte die Sachen als selbständige Ausgangspunkte der Rechtsbildung, verlieh ihnen eine auf ihr eigenes Wesen gegründete Rechtsstellung und knüpfte an die so hergestellte Gliederung der Sachenwelt eine Fülle von Rechtswirkungen, die dann über das Sachenrecht hinaus die anderen Rechtsgebiete und namentlich auch das Familien- und Erbrecht ergriffen. Die Aufnahme des römischen Rechts, das zwar keineswegs jede Einwirkung von Sachunterschieden auf das Sachenrecht ablehnte, jedoch nach Möglichkeit dem rechtlichen Nivellement der Sachen zustrebte, vermochte diesen Zug unseres Rechtes nicht auszutilgen, sondern nur abzuschwächen und

Digitized by Google

vorübergehend zu lähmen oder doch zu verdunkeln. Für das moderne Recht mufs daher in vielen Punkten, so sehr sich das romanistische Denken gegen jede die römischrechtlichen Grenzen überschreitende Verselbständigung der Sachen sträubt, auf die deutschrechtlichen Anschauungen zurückgegriffen werden.

II. Die selbständige Rechtsstellung der Sachen offenbart sich in einer Reihe von Erscheinungen.

1. Vor allem werden den Sachen rechtliche Eigenschaften beigelegt, von deren Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die Geltung oder Nichtgeltung bestimmter Rechtssätze für die auf sie bezüglichen Rechtsverhältnisse abhängt. Zum Teil knüpft die Rechtsordnung hierbei an natürliche Sachunterschiede an. So hat das deutsche Recht den Unterschied der unbeweglichen und beweglichen Sachen zur Grundlage eines das ganze System durchdringenden Gegensatzes gemacht (unten § 101). Und es hat weiter unter den Liegenschaften Wald, Wasser und Bergwerke und innerhalb der Fahrnis Vieh, Waffenrüstung, Hausgerät und Schmuck zum Ausgangspunkte eigenartiger Rechtsbildungen genommen. Andere rechtliche Eigenschaften teilt die Rechtsordnung lediglich von sich aus den Sachen zu, um sie einem mehr oder minder umfassenden Sonderrecht zu unterstellen. Man denke an Lehen, Stammgüter, Rittergüter oder Bauergüter, aber auch an die öffentlichen Sachen (unten § 102) oder das Geld (unten § 107).

2. Das deutsche Recht erkennt ferner rechtliche Verbindungen von Sachen mit Sachen als wirksam an (unten § 104 bis 105). Auch hierbei wird bald ein natürliches Sachband zum Rechtsband erhoben, bald vom Rechte her ein Sachband geschaffen. Immer aber entstehen Objektsbeziehungen, die auf die Rechtsverhältnisse an den Sachen bestimmend einwirken. Insoweit Inbegriffe verbundener Sachen als selbständige Sacheinheiten gelten, gewinnt das Sachenrecht an ihnen neue Objekte, deren Eigenart den an ihnen begründeten Rechten ein besonderes Gepräge verleihen kann.

3. Weiter verknüpft das deutsche Recht mit Sachen eine Rechtsträgerschaft, so dafs Sachen zu Mitteln werden, das Subjekt eines Rechtes zu bestimmen (oben Bd. I § 29 III 2 b S. 264). In umfassendem Mafse erhebt es Grundstücke zu Trägern von Rechten, die ihnen als Realrechte anhängen (unten § 106). Mehr oder minder fest verbindet es Rechte mit Urkunden, die dadurch zu Wertpapieren werden (unten § 108—112). Vermöge solcher Rechtsträgerschaft nehmen dann die Sachen besondere

Digitized by Google

Eigenschaften an, um deren Willen das Sachenrecht in der Anwendung auf sie allerlei Abwandlungen erfahren kann. Zugleich aber erweitert sich der Machtbereich des Sachenrechts durch die mittelbare Erstreckung der Sachherrschaft auf die mit solchen Sachen verknüpften Rechte.

4. Endlich stellt das deutsche Recht den körperlichen Sachen unkörperliche Sachen als mehr oder minder selbständige, unter sich wiederum mannigfach ungleichartige Rechtsobjekte zur Seite (oben Bd. I § 31 II 1 S. 270 ff.). Auch sie eignen sich zu Gegenständen des Sachenrechts. Allein das Sachenrecht ist zunächst für die körperlichen Sachen ausgebildet und wird nicht nur auf die einzelnen Arten von unkörperlichen Sachen in ungleichem Umfange übertragen, sondern auch je nach deren Beschaffenheit hierbei in verschiedener Weise umgestaltet[1].

III. Aus der besonderen Rechtsstellung bestimmter Sachen entspringen mancherlei rechtliche Verhältnisse objektiver Art. Soweit ein solches Verhältnis in der Sachenwelt beschlossen bleibt, ist es, da es Rechte und Pflichten nicht begründet, kein „Rechtsverhältnis" im technischen Sinn (oben Bd. I § 28). Wohl aber kann es als Grundlage eines Rechtsverhältnisses dessen objektiven Bestand in sich aufnehmen. Darum vermögen manche Rechtsverhältnisse nicht zu entstehen, bevor ein bestimmtes Sachverhältnis hergestellt ist. Umgekehrt wird vielfach ein Rechtsverhältnis, sobald ein bestimmter sachlicher Rechtszustand verwirklicht ist, ohne weiteres durch den Hinzutritt der erforderlichen subjektiven Beziehung ins Leben gerufen und, solange der sachliche Rechtszustand besteht, durch den Wegfall der subjektiven Beziehung nur bis auf weiteres stillgestellt. So erscheinen die Sachverhältnisse, in denen die Linien der auf sie gebauten Rechts-

---

[1] Die Bestimmung des B.G.B. § 90 „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände" bedeutet vornehmlich, daſs die Vorschriften über Rechte an Sachen nur auf körperliche Sachen Anwendung finden, soweit nicht eine Erstreckung auf andere Gegenstände vorgesehen ist. Soweit aber eine solche Erstreckung stattfindet, werden damit auch nach dem Recht des B.G.B. die fraglichen Gegenstände zu „unkörperlichen Sachen" gestempelt. Neben dem gesetzestechnischen Begriff „Sache" bleibt daher der wissenschaftliche Begriff „unkörperliche Sache" unentbehrlich. Ihn behufs Anlehnung an die Gesetzesprache durch den Begriff „unkörperlicher Gegenstand" zu ersetzen, geht deshalb nicht an, weil ebensowenig, wie jeder körperliche Gegenstand körperliche Sache, jeder unkörperliche Gegenstand unkörperliche Sache ist. Vgl. auch E. I. Bekker, Über die natürliche Beschaffenheit der Objekte unserer dinglichen Rechte, Sitzungsbericht der Berliner Akademie 1898, S. 2 ff.

1*

Digitized by Google

verhältnisse vorgezeichnet sind, als objektive Rechtsverhältnisse, auf die zum Teil sogar in der Gesetzessprache die Namen der durch sie vorbereiteten oder fortgeleiteten subjektiven Rechtsverhältnisse übertragen werden. Dies ist z. B. der Fall, wenn von dinglichen Rechten an eigner Sache, von Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld, vom Fortbestande der Forderung aus dem in das Eigentum des Verpflichteten gelangten Wertpapier, von Schuldverhältnissen zwischen verschiedenen Sondervermögen desselben Subjekts gesprochen wird. Gerade in den kraftvollen Wirkungen solcher rein objektiver Rechtsverhältnisse offenbart sich am deutlichsten die aufserordentliche Tragweite der vom deutschen Recht in die Sachenwelt hineingebauten Rechtsgebilde.

IV. Den rechtlichen Sachverhältnissen entspricht ein System eigenartiger Rechtshandlungen, die auf ihre Begründung, Veränderung oder Aufhebung gerichtet sind. Denn die Sachen empfangen ihre besondere Rechtsstellung nur zum Teil unmittelbar durch Rechtssatz, zum Teil dagegen erst durch eine von der Rechtsordnung mit der erforderlichen Wirkungskraft ausgerüstete Handlung. In manchen Fällen greifen obrigkeitliche Konstitutivakte gestaltend ein, wie bei der Öffentlicherklärung eines Weges, der Münzprägung oder dem Münzverruf, der Kraftloserklärung einer Urkunde. In erheblichem Umfange aber werden auch durch private Handlungen der Beteiligten rechtliche Eigenschaften und Beziehungen von Sachen geschaffen. So bei der „Kreation" eines Wertpapiers, bei der Herstellung oder Lösung eines Pertinenzverhältnisses, bei der Einverleibung oder Ausscheidung von Bestandteilen eines Sondervermögens. Andere Veränderungen innerhalb der Sachenwelt kommen durch private Handlung in Verbindung mit einem behördlichen Feststellungsakt zustande. Man denke z. B. an die Zerlegung oder Verschmelzung von Grundstücken durch Erklärung des Eigentümers und Eintragung in das Grundbuch, an die Bestellung einer Eigentümergrundschuld oder an die Eintragung eines Landguts in die Höfe- oder Landgüterrolle. Derartige Handlungen sind, da sie als solche subjektives Recht nicht erzeugen, keine Rechtsgeschäfte im technischen Sinn[2]. Allein soweit sie sich als Willenserklärungen darstellen, die einen gewollten rechtlichen Erfolg zu bewirken vermögen, sind sie den Rechtsgeschäften nahe verwandt und ähnlichen Regeln unterworfen.

---

[2] Oben Bd. I § 33 Anm. 2. Vgl. R.Ger. XXXIV Nr. 2.

Digitized by Google

§ 101. Unbewegliche und bewegliche Sachen[1].

I. Überhaupt. Die Sachen sind entweder beweglich oder unbeweglich. Das deutsche Recht bezeichnet die unbeweglichen Sachen als Liegenschaften oder liegendes Gut, die beweglichen Sachen als Fahrnis oder fahrende Habe.

Diese Einteilung bedeutete für das ältere deutsche Recht einen tief angelegten Gegensatz, der das Sachenrecht vom Fundamente bis zum Giebel spaltete und in das Vertragsrecht, Familienrecht, Erbrecht und Prozefsrecht hinübergriff. Gemäfs der mittelalterlichen Lebensordnung wurde dabei der Grund und Boden gegenüber der Fahrnis einerseits wegen seiner wirtschaftlichen Vormacht als ungleich wertvollerer Vermögensgegenstand, andererseits wegen seiner politischen und sozialen Funktionen als ein durch seinen Vermögenswert niemals erschöpftes Gut behandelt. Als durch die städtische Entwicklung das bewegliche Kapital selbständig und die persönliche Rechtsstellung vom Grundbesitz unabhängig wurde, verschob sich zwar das alte Verhältnis; die Sonderung von Liegenschaftsrecht und Fahrnisrecht wurde jedoch mit nichten aufgegeben. Erst seit der Aufnahme des römischen Rechts begann der Gegensatz zu verblassen. Doch konnte er selbst im gemeinen Recht nicht auf das römische Mafs herabgedrückt werden. Die Partikularrechte wahrten ihm einen erheblichen Teil der alten Kraft, die grofsen Gesetzbücher und neuere Spezialgesetze führten ihm neues Leben zu. So hat auch die deutsche Kodifikation dem Siegeszuge des germanischen Gedankens nicht widerstanden. Das B.G.B. enthält in seinem Sachenrecht bei weitem mehr Sondervorschriften als gemeinsame Vorschriften für Grundstücke und be-

---

[1] Vgl. Mittermaier, D. P.R. I § 143—144, Phillips I § 55—56, Maurenbrecher I § 182—184, Renaud § 239, Bluntschli § 51, Beseler § 74, Gerber § 58 (17. Aufl. v. Cosack § 49), Gengler § 36, Roth I § 75, Stobbe I § 63, Franken § 17; Windscheid, Pand. I § 139, Wächter I § 61, Dernburg I § 74, Regelsberger I § 98; Wächter, Württ. P.R. II § 37; Roth, Bayr. C.R. I § 50; Dernburg, Preufs. P.R. I § 63; Unger, Österr. P.R. I 381 ff., Krainz I § 88; Zachariae, Französ. C.R. § 169—171, b. Crome (8. Aufl.) § 102—104; Huber, Schweiz. P.R. III 18 ff.; Erdmann, Liv-, Esth- u. Kurl. P.R. I § 29; Recht des B.G.B. b. Eck, Vortr. I 95 ff., Kuhlenbeck I 270 ff., Cosack I § 43, Endemann I § 51, Dernburg III § 3—4, Crome I § 58 Z. 3. — Über das ältere deut. u. französ. R.: Renaud, Krit. Zeitschr. f. Rechtswiss. u. Gesetzg. des Ausl. XXIII 83 ff. u. 229 ff.; Heusler, Inst. I § 67—68; Huber a. a. O. IV 681 ff.; Warnkönig u. Stein, Französ. St. u. R.Gesch. II 290 ff.; Viollet, Précis de l'histoire du droit Français S. 524. — Quellenstellen b. Kraut § 63.

Digitized by Google

wegliche Sachen und legt auch im Recht der Schuldverhältnisse, im Familienrecht und im Erbrecht dem Unterschiede einzelne Wirkungen bei. Ungleich ist ferner die Zwangsvollstreckung in beide Sachgattungen geordnet. Auch spielt ihr Gegensatz eine bedeutende Rolle im Handelsrecht[2]. Hohe Bedeutung endlich bleibt ihm für das Landesprivatrecht gesichert[3].

Je umfassendere Rechtswirkungen unser Recht an den Unterschied von liegendem Gut und Fahrnis knüpfte, desto entschiedener prägte es den Unterschied selbst zu einem Unterschiede der rechtlichen Sacheigenschaft aus. Es legte die natürliche Unterscheidung der Sachkörper zugrunde, wurde sich aber früh bewufst, dafs der Begriff der Unbeweglichkeit oder Beweglichkeit in dem Augenblick, in dem sich die Rechtsordnung seiner bemächtigt, in einen Rechtsbegriff übergeht[4]. Auch insoweit, als die Rechtsordnung sich vollständig an die natürliche Ordnung anschliefst, ist eine Sache nicht schon deshalb, weil sie eine bestimmte natürliche Beschaffenheit hat, sondern erst deshalb, weil ihr um dieser natürlichen Beschaffenheit willen die entsprechende rechtliche Eigenschaft beigelegt wird, im Rechtssinne unbeweglich oder beweglich. Das deutsche Recht aber, einmal im Besitze dieser Einsicht, errichtete einen die natürliche Grundlage überhöhenden selbständigen Rechtsbau und schuf so mit gewaltiger konstruktiver Kraft rechtliche Gebilde, die sich bis heute als lebensfähig bewährt haben[5]. Zu-

---

[2] Der Satz des alten H.G.B. Art. 275, nach dem Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte sein konnten (vgl. dazu Goldschmidt, Handb. I § 41 S. 428 ff. u. § 59, Behrend, H.R. § 31, G. Wendt, Tragweite der Bestimmung des H.G.B., dafs Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte sind, Breslau 1882, E. Marcuse, Begriff u. Arten der Verträge über unbewegliche Sachen im Sinne des H.G.B. Art. 275, Berlin 1884, Pollitzer, Das Verhalten des H.G.B. zum Immobiliarverkehr, Leipzig 1885) ist freilich im neuen H.G.B. gestrichen. Aber noch immer gehören solche Verträge nicht zu den Grundhandelsgeschäften des § 1, und auch heute fallen Grundstücke niemals unter den Begriff der „Ware“.

[3] Namentlich kommt in Betracht, dafs die zahlreichen sachenrechtlichen Vorbehalte des E.G. für die Landesgesetzgebung meist ein auf Grundstücke beschränktes Sonderrecht betreffen.

[4] Vgl. Heusler I 322 ff., der darauf hinweist, dafs, nachdem der Begriff der Gewere bei Liegenschaften eine andere Ausbildung als bei Fahrnis erfahren hatte, nun aus der Art der rechtlich anerkannten Gewere auf die Sachart zurückgeschlossen wurde. Diese Ausführungen bleiben zutreffend, wenn auch die Fassung, die Heusler dem Gewerebegriff in beiden Fällen gibt, der Berichtigung bedarf.

[5] Ganz anders lautet freilich das Urteil, das romanistische Befangenheit

Digitized by Google

nächst trug es kein Bedenken, bei der Grenzziehung zwischen beiden Sachgattungen da, wo ein wirtschaftliches oder soziales Bedürfnis hierzu trieb, von der natürlichen Grenzlinie abzuweichen[6]. Sodann legte es manchen Sachen, bei denen es teilweise Liegenschaftsrecht und teilweise Fahrnisrecht als passend erachtete, für verschiedene rechtliche Beziehungen eine verschiedene rechtliche Eigenschaft bei[7]. Endlich übertrug es, um die Gabelung seines Systems vollständig durchführen zu können, den Begriff der Unbeweglichkeit oder Beweglichkeit auf unkörperliche Sachen[8] und gelangte so zur Einteilung des gesamten Vermögens in liegendes und fahrendes Gut[9].

Bei einer derartigen Auffassung konnte das deutsche Recht

---

zu fällen pflegt. So wirft Keller, Pand. § 43, dem deutschen Rechte vor, es habe einen „Denkfehler" begangen; Stobbe I 585 u. 592 meint, es habe sich „in durchaus ungehöriger Weise" benommen. Einsichtiger Franken S. 156 ff.

[6] Seit der Aufnahme des römischen Rechts sprach man von res civiliter immobiles vel mobiles im Gegensatze zu den res naturaliter immobiles vel mobiles; vgl. Glück, Pand. II 520 ff., Höpfner, Komm. § 342, Unger I 390 ff.; Pertile, Storia del diritto italiano, IV 161; Code civ. Art. 517 u. 529. Renaud, Krit. Zeitschr. a. a. O. S. 89, redet von einer „Fiktion". Unger I 391 u. Stobbe I 590 sagen, es seien nur aus Zweckmäfsigkeitsrücksichten manche Sachen in einzelnen Beziehungen so behandelt worden, als hätten sie eine andere als ihre „an sich" begründete Beschaffenheit. In Wahrheit gebrauchte das Recht seine Macht, die rechtlichen Eigenschaften der Sachen von sich aus zu bestimmen; vgl. Heusler I 334.

[7] Renaud a. a. O. S. 86 u. 96 ff.; Huber IV 684 ff.; unten Anm. 16, 21, 29, 33 u. 35. Mit Unrecht will Heusler I 335 u. 360 ff. solche relativen Verliegenschaftungen oder Entliegenschaftungen unter einen anderen Gesichtspunkt stellen. Auch die neuere Gesetzgebung kennt besondere Grenzbestimmungen für einzelne Rechtsverhältnisse. So, wenn bestimmt wird, dafs eine Sache oder ein Recht „in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehört"; Preufs. G. v. 11. Juli 1883 § 1, Ges. über die Bahneinheiten (Fassung v. 8. Juli 1902) § 54, C.P.O. § 871. Vgl. ferner französ. R. b. Renaud S. 234 ff., Zachariae § 102 (169) Anm. 1. Andere Gesetze freilich erreichen denselben Erfolg dadurch, dafs sie unmittelbar die Anwendung einer sonst für unbewegliche Sache geltenden Rechtsnorm auf bestimmte bewegliche Sachen oder umgekehrt anordnen; vgl. z. B. Sächs. Gb. § 1818 u. 1941, B.G.B. § 1260 ff.

[8] Heusler I § 68 ff.; Renaud a. a. O. S. 87 ff., 99 ff., 229 ff.; Huber IV 686 ff.; Pertile a. a. O. S. 161 ff.; dazu II F. 1 § 1 u. die unten Anm. 39 angef. Gesetze.

[9] So offenbar schon der Sachsenspiegel (vgl. z. B. I Art. 6 § 2, Art. 28, Art. 31 § 2, Art. 52 § 1—2) und andere Quellen des deutschen Mittelalters; desgleichen französ. Coutumes u. Urkunden seit dem 13. Jahrh., vgl. Renaud a. a. O. S. 99; dazu Code civ. Art. 516, Sächs. Gb. § 60, Liv-, Esth- u. Kurl. P.R. Art. 536, Schweiz. Gb. b. Huber III 21; vgl. auch B.G.B. § 1551, C.P.O. § 864 ff. (Zwangsvollstreckung in das „unbewegliche Vermögen").

Digitized by Google

auch in gewissem Umfange eine Abänderung der einer Sache durch Rechtssatz zugeteilten Eigenschaft durch eine darauf gerichtete Rechtshandlung gestatten, so dafs die Verliegenschaftung von Fahrnis und die Entliegenschaftung von liegendem Gut möglich wurde[10]. Auch heute kann im Bereiche der Vertragsfreiheit durch Vereinbarung eine für und wider die Vertragsteile wirksame Gleichstellung einer beweglichen Sache mit liegendem Gut oder einer unbeweglichen Sache mit Fahrnis erfolgen[11]. Dagegen wird eine gegen Jedermann wirksame Verliegenschaftung oder Entliegenschaftung nur noch in einzelnen Fällen anerkannt[12].

II. Einteilung der körperlichen Sachen. Die Einteilung der körperlichen Sachen geht von der ungleichen natürlichen Beschaffenheit der Sachkörper aus, so dafs eine Sache als unbeweglich oder beweglich gilt, je nachdem sie unfähig oder fähig ist, ohne Wesensänderung von Ort zu Ort bewegt zu werden. Zum Teil aber tritt im deutschen Recht diese natürliche Betrachtungsweise hinter wirtschaftliche und soziale Erwägungen zurück.

1. Unbeweglich sind von Natur die Grundstücke, das liegende Gut im eigentlichen Sinn. Sie wurden vom älteren deutschen Recht auch unter Verwendung von Namen, die gleichzeitig das an ihnen begründete Besitzrecht ausdrückten, wie „Eigen" und „Erbe" oder je nachdem auch „Lehen", „Leibzucht" usw., der Fahrnis gegenübergestellt[13]. Das B.G.B. nennt überhaupt nur „Grundstücke" und „bewegliche Sachen".

Die Unbeweglichkeit der Grundstücke erstreckt sich auf alle ihre Bestandteile, somit auch auf die ihnen eingewurzelten Pflanzen und die mit ihnen fest verbundenen Gebäude, das „stehende

---

[10] Vgl. Mittermaier § 143 Anm. 18, Renaud a. a. O. S. 87 u. 99, Viollet a. a. O. S. 529. Über Verliegenschaftung des eingebrachten Frauenguts Bluntschli, Zürch. R.G. I 291 ff., 425, Huber IV 685 Anm. 13, Heusler, Rechtsquellen des Kantons Wallis, Basel 1890, S. 398 c. 8, S. 406 § 3, S. 442 § 4. Über Fahrendmachung von liegendem Gut Pauli, Abh. aus dem lüb. R. I 39 Anm. 84 u. S. 61 ff., P. Rehme, Das Lübecker Ober-Stadtbuch, Hannover 1895, S. 135 ff., Schröder, Gesch. des ehel. Güterr., II, 3 S. 248 ff., auch Stat. v. Raron v. 1548 § 33 b. Heusler a. a. O. S. 538.

[11] Franken S. 160; Code civ. Art. 1497 u. 1505 ff., dazu Zachariae I § 102 (169) Anm. 2.

[12] Vgl. über Fälle im französ. R. Zachariae a. a. O. Anm. 3—4, R.Ger. XXXVIII Nr. 100; über Mobilisierung von Kuxen durch Gewerkschaftsbeschlufs Preufs. Bergges. § 235, seit Ges. v. 9. April 1873 § 235 a ff.

[13] Stellen b. Kraut § 63 Nr. 5 ff.; Arnold, Zur Gesch. des Eigenth. in deut. Städten, Basel 1861, S. 14 ff., 58 ff.; Stobbe § 63 Anm. 7—9; Schröder, R.G. (4. Aufl.) S. 273.

Digitized by Google

Gut". Doch galten nach vielen älteren Quellen die Früchte schon von dem Augenblick an, in dem sie „verdientes Gut" waren, als fahrende Habe[14]. Heute müssen sie bis zu ihrer Trennung vom Boden zum liegenden Gut gerechnet werden[15], gelten aber in Ansehung der Pfändung, soweit diese schon vorher zulässig ist, als selbständige bewegliche Sachen[16]. Vielfach wurden ferner die Häuser, die einst tatsächlich beweglich gewesen waren[17], auch nach ihrer festen Verbindung mit dem Boden für fahrende Habe erachtet[18], so daſs sich das Sprichwort bilden konnte; „Was die Fackel verzehrt, ist Fahrnis"[19]. Meist aber drang mit der veränderten Bauart die Anschauung durch, daſs Häuser liegendes Gut seien[20], und es wurde nur einerseits mitunter für einzelne

---

[14] Erfurter Stat. v. 1306 Art. 44 b. Walch I 120, auch wohl Salfelder Stat. Art. 63 ib. S. 29; Altes Berg. L.R. b. Lacomblet, Arch. I, 1 S. 88; Grimm, W. V 205 § 13; Walliser Stat. v. 1446 Art. 80, 1514 Art. 41 u. 1571 c. 111 b. Heusler a. a. O. S. 192 u. 223; französ. Coutumes b. Renaud a. a. O. S. 97 Anm. 80—81, Warnkönig u. Stein II 293. Vgl. U. Tengler, Laienspiegel I Tit. „von farender Hab" (Bl. XXXVI): Item das steend getraid u. ander frücht auff dem velde, auch obst das auff den baumen u. die weintrauben an den stöcken, werden an meer enden gewonlich fur farende hab geschätzt u. gehalten. Kurköln. Rechtsordn. v. 1663 t. 8 § 7.

[15] So schon Grimm, W. I 14 § 32, 45 § 10, 275, 291, IV 273 § 12. Vgl. Kurtriersches L.R. v. 1712 Tit. XII § 6; Code civ. Art. 520 u. 521; Österr. Gb. § 295; B.G.B. § 94.

[16] C.Pr.O. § 810 u. 824 u. dazu R.Ger. XVIII Nr. 18 (hinsichtlich der Pfändung selbständige bewegliche Sachen, im übrigen pars fundi). — Über Behandlung der Früchte teils als Fahrnis, teils als liegendes Gut in älteren schweizer. Quellen vgl. Huber IV 684; dazu Freiburger Gb. § 419 u. Huber III 20. Über das französ. R. Viollet S. 527, Zachariae § 102 (169) Anm. 1, Crome, Allg. T. I § 18 Z. 2. Über älteres deutsch. R. Seuff. XXIV Nr. 209.

[17] Vgl. noch Sachsensp. I Art. 20 § 2, III Art. 38 § 4; Grimm, W I 42, 383, 753, IV 330 § 15, 512 § 14, V 132 § 8, 144 § 22; Urk. bei v. Martitz, Ehel. Güterr. des Sachsensp., S. 219 Anm. 13; Bluntschli, Zürch. R.G. I 267; Blumer, R.G. I 340; M. Wolff, Der Bau auf fremdem Boden usw., Jena 1900, S. 11 ff.

[18] Stammler, Das Recht des Breidenbacher Grundes (Unters. z. D. St. u. R.G. XII, Breslau 1882) S. 40 ff., dazu Schöffensprüche Nr. 4, 22, 44, 52 u. 63 ib. S. 86, 92, 99, 101 u. 104; Heusler, Inst. I 335; Viollet S. 526 ff. — Noch das Jüt. Low I, 8 behandelt die Häuser auf dem Lande als Fahrnis.

[19] Schöffenspruch v. 1759 b. Stammler S. 140 Nr. 222 (unter Ausdehnung nicht bloſs auf steinerne Häuser, sondern auch auf Waldungen); Huber IV 683 Anm. 7,

[20] Grimm, W. I 14 § 29, 42; Österr. W. IV 351 Z. 35 ff.; Zürcher V. v. 1410 b. Bluntschli a. a. O. I 424; L.R. v. Entlibuch v. 1491 c. 18 in Z. f. schweiz. R. XXIII 339; Walliser Stat. v. 1446 Art. 80, 1514 Art. 40 u. 1571 c. 110 b. Heusler S. 192 u. 222; Bündner Stat. b. Huber IV 683 Anm. 8.

Digitized by Google

Beziehungen an ihrer Behandlung als Fahrnis festgehalten[21], andererseits öfter bei Holzhäusern oder doch bei leicht verlegbaren Baulichkeiten, wie z. B. Windmühlen, die Fahrniseigenschaft nach wie vor anerkannt[22]. Heute sind an sich nur solche Bauwerke, die dem Boden überhaupt nicht fest eingefügt, sondern nur aufgesetzt sind, als bewegliche Sachen anzusehen[23]. Insoweit Bodenerzeugnisse oder Bauwerke als fahrende Habe gelten, eignen sie sich schon während ihrer Verbindung mit dem Grundstück zum Gegenstande besonderer Rechte. Durch die Trennung vom Boden werden alle Grundstücksbestandteile beweglich; wird daher im voraus über sie verfügt, so liegt keine Verfügung über liegendes Gut, sondern eine Verfügung über künftige bewegliche Sachen vor[24].

Nach dem B.G.B. gibt es mit dem Boden fest verbundene Sachen, die keine Bestandteile des Grundstücks im Rechtssinne sind[25]. Die herrschende Meinung nimmt an, dafs ihnen mit der rechtlichen Loslösung vom Grundstück zugleich die Eigenschaft beweglicher Sachen verliehen ist[26]. In Wahrheit sind sie, da es zu einer derartigen zweiten Umprägung ihrer natürlichen Beschaffenheit eines ausdrücklichen Rechtssatzes bedurft hätte, als unbeweg-

---

[21] Grimm, W. I 45 § 10: das hüser farend gut ist gegen den fründen u. ligend gut ist gegen dem herrn; ib. I 17 § 65, 277, IV 498 § 18, VI 372 Art. 67 d: Württemb. Stat. b. Reyscher I § 225 Anm. 3; Bluntschli, R.G. I 264; Heusler, Inst. I 335, 360 ff.

[22] Grimm, W. V 202 § 3: gemauerte Häuser liegendes, hölzerne fahrendes Gut; Willisauer Amtsr. b. Segesser, R.G. IV 50; Bühler, Bündner. Erb- u. ehel. Güterr., Bern 1882, S. 98 Anm. 1. — Über die vielfach streitige Behandlung von Windmühlen vgl. Schilter, Praxis IV § 24, Walch, Näherr. S. 129 Anm. 4–5 u. S. 134 Anm. 8, Stobbe § 63 Anm. 13, Wendt a. a. O. S. 10 ff.; dazu Code civ. Art. 519, Schweiz. R. b. Huber III 19.

[23] Z. B. Marktbuden, Schilderhäuser, Karussells, Sommertheater usw.; vgl. Zürch. Gb. § 48 (474), Schaffhäus. § 416. — Das Österr. Gb. § 297 sieht Gebäude nur als unbeweglich an, wenn sie in der Absicht errichtet sind, dafs sie stets auf der Stätte bleiben sollen; vgl. dazu Krainz I 202 (gegen Unger I 383 ff.).

[24] So bei Verkäufen von Früchten auf dem Halm oder Holz auf dem Stamm (Striethorst XXXIII 350, Seuff. XXVI Nr. 6, XXXV Nr. 275, XLIV Nr. 165, Z. f. H.R. XI 111), von Gebäuden auf den Abbruch (Seuff. XVIII Nr. 207, Busch, Arch. IV 369, Z. f. H.R. VIII 633), von zu fördernden Steinen, Kohlen usw. (R.O.H.G. XXI 75, Seuff. XXXII Nr. 21, Z. f. H.R. XXIII 508).

[25] B.G.B. § 95. Darüber unten § 103 III.

[26] Vgl. Cosack I § 43; Endemann I § 51 Anm. 12; Dernburg III § 4 Z. 2; Rehbein I 96; Crome § 58 Anm. 19; Leonhard, Allg. T. S. 64 Anm. 5; R.Ger. LV Nr. 66.

Digitized by Google

liche Sachen anzusehen, auf die aber in Ermangelung sonstiger für sie passender Regeln die Vorschriften über bewegliche Sachen entsprechend anzuwenden sind[27].

Zubehörstücke eines Grundstücks nehmen an dessen Unbeweglickkeit insoweit teil, als sie den Rechtsschicksalen der Hauptsache folgen und somit eben Bestandteile eines unbeweglichen Sachganzen sind, bleiben dagegen als Sachen für sich, falls sie von Natur beweglich sind, auch im Rechtssinne beweglich. Manche Gesetze gehen aber weiter und erklären die Zubehörstücke von Liegenschaften überhaupt für unbeweglich[28]. Für das heutige deutsche Recht gilt ein derartiger Rechtssatz nicht; doch ist das Grundstücksbehör dadurch relativ verliegenschaftet, dafs es nicht der Pfändung, sondern nur der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegt[29].

2. Beweglich sind von Natur die Tiere und alle nicht fest mit dem Boden verbundenen leblosen Sachkörper, die Sachen, „die

---

[27] Vgl. Gierke, Fahrnifsbesitz S. 37; Eck S. 106; Kohler, B.R. I 455. Das Gesetzbuch hat einfach vergessen, ihre Rechtsstellung zu bestimmen. Hieraus aber folgt nicht, dafs sie, weil sie keine Grundstücke sind, bewegliche Sachen sein müssen. Denn nirgend im Gesetzbuch ist ausgesprochen, dafs alle Sachen aufser den Grundstücken beweglich sind (unrichtig R.Ger. a. a. O. S. 284). Vielmehr liegt eine durch Analogie auszufüllende Lücke vor. Die praktische Bedeutung blofs „entsprechender" Anwendung des Fahrnisrechts besteht darin, dafs von vornherein die Anwendung unpassender Sätze ausgeschlossen ist, während Dernburg hiergegen durch nachträgliche Ablehnung „unbedingter" Unterordnung schützen, Crome in unzureichender Weise durch Berufung auf den „vermutlichen Parteiwillen" helfen will.

[28] Sehr entschieden das französ. R., Code civ Art. 524 (immeubles par destination), das hieraus auch den Ausschlufs der Mobiliarexekution folgert (Code de procédure Art. 592); vgl. Zachariae I § 103 (170), über das ältere Recht Renaud a. a. O. S. 91 ff. Aber auch das Österr. Gb. § 293 ff. (nach § 295 sogar auch Fische im Teich und Wild im Walde); Unger I 393 ff., Krainz I 202. In beschränkter Weise Preufs. A. L.R. I, 2 § 10 u. 105, vgl. Dernburg, Preufs. P. R. I § 63 Anm. 8 und über die allmähliche Zulassung der Mobiliarpfändung v. Meibom, Arch. f. civ. Pr. LXX 350 Anm. 5. Vgl. auch Grimm, W. I 67 § 24; Bern. Gb. § 340. — In der gemeinrechtlichen Theorie wurde gestritten; vgl. z. B. für liegenschaftliche Natur Leu, Eidgenöss. R. II 71, Glück II 524 ff., Thibaut § 172, Phillips I 392, Roth, Bayr. P.R. I § 50 Anm. 10, D. P.R. § 75 Anm. 14, Bekker, Pand. I 310, dagegen Leyser spec. 26 m. 6, Wächter, Württ. P.R. II 248, Unger I 441 ff., v. Meibom a. a. O. S. 350. Meist wird nicht gehörig zwischen den Beziehungen der Zubehörsache als Teil eines Sachganzen und als Sache für sich unterschieden. — Mit der Lösung des Sachbandes endet natürlich die gesetzliche Verliegenschaftung; R.Ger. XVII Nr. 77.

[29] C.Pr.O. § 865. Vgl. oben Anm. 7.

Digitized by Google

man treiben oder tragen mag"[30]. Sie werden im deutschen Recht dem liegenden Gut als fahrendes Gut oder lieber noch als fahrende Habe gegenübergestellt und im Unterschiede von „Eigen" auch wohl schlechtweg als „Habe" bezeichnet[31].

Manche von Natur bewegliche Sachen aber hat das deutsche Recht entweder allgemein oder für einzelne Beziehungen mit der Eigenschaft unbeweglicher Sachen bekleidet. Die wichtigste hierher gehörige Erscheinung ist die Verliegenschaftung der gröfseren Seeschiffe und zum Teil auch Flufsschiffe, die als „schwimmende Gebäude" in zahlreichen Punkten nach Liegenschaftsrecht beurteilt wurden[32]; auch heute unterliegen sie, obschon sie grundsätzlich als bewegliche Sachen gelten, einem umfassenden Sonderrecht, das sich vielfach an das Liegenschaftsrecht anlehnt[33]. Partikularrechtlich werden auch Schiffsmühlen den unbeweglichen Sachen zugeteilt[34]. In manchen älteren Quellen begegnet die Erstreckung des Liegenschaftsrechts auf einzelne kostbare oder doch für ihren Besitzer besonders wertvolle Fahrnisstücke[35]. Seit dem Ausgange

---

[30] Schwabensp. (L.) c. 168; Brokmerbrief § 102 b. Richthofen, Fries. Rechtsqu. S. 165; Grimm, R.A. II 98; Stobbe § 63 Anm. 5.

[31] Stellen b. Kraut § 63 Nr. 1 sq., Grimm, R.A. II 97 ff., Schröder, R.G. S. 273, Stobbe a. a. O.

[32] Über das ältere Recht vgl. Heusler I 334, Stobbe § 63 Anm. 16, Hamb. Stadtr. v. 1270 I 13, Kurköln. L.R. VIII § 8, Lüneb. Niedergerichts-O. b. Pufendorf, Obs. jur. un. III o. 364; über das neuere Goldschmidt, Handb. I 2 S. 527 ff. u. 830 ff., II 1 S. 4 ff., Lewis in Endemanns Handb. IV 20 ff.

[33] Vor allem hinsichtlich der Verpfändung (B.G.B. § 1259 ff.) und der Zwangsvollstreckung (C.Pr.O. § 864 Abs. 1, Zw.V.G. § 162 ff.). Vgl. im übrigen Gierke in Holtzendorffs Encykl. (6. Aufl.) I 1006 ff.

[34] Sächs. Gb. § 59; vgl. auch Haubold § 168 Anm. a. In Österreich sind sie durch Hofdekret v. 29. Mai 1824 für beweglich erklärt; Unger I 384 Anm. 9. Die ältere gemeinrechtliche Praxis neigte dazu, sie mindestens im Falle des Bestandes eines Mühlenregals für beweglich zu halten; Schilter a. a. O. IV § 24, Walch a. a. O. S. 130 u. 137 ff., Glück II 531 Anm. 6.

[35] So wurden, jedoch wohl immer nur für einzelne Verhältnisse, Harnisch und Geschütz, Gold- und Silbergerät, auch Wagen, Kessel usw. den unbeweglichen Sachen gleichgestellt; Aachener Stat. b. Kraut § 63 Nr. 61; Grimm, W. IV 273 § 12, 363; Renaud, D. P.R. I § 139 Anm. 5 u. 9; Bluntschli, R.G. I 268; Segesser II 476; Blumer I 430 ff.; Warnkönig u. Stein II 294; vgl. noch Sächs. Gb. § 1818. Ferner werden Gerätschaften der Handwerker als liegendes Gut behandelt; Kurtriersches L.R. XII § 3, Mittermaier § 143 I, Phillips, Lehre von der ehel. Gütergemeinschaft S. 265 ff. Auch Apothekergerät und zum Teil auch Apothekerwaren; Kurtriersches L.R. a. a. O., Kreittmayr, Anm. zu Bayr. L.R. II c. 1 § 8, Leyser spec. 26 m. 4. — Bares Geld wurde wohl nur als Erlös für Liegenschaften oder als

Digitized by Google

des Mittelalters wurden oft umfassendere Fahrnisgesamtheiten, namentlich Warenlager und gewerbliches Inventar, als Liegenschaften behandelt[36].

III. Einteilung der unkörperlichen Sachen[37]. Die im deutschen Recht ausgebildete Zuteilung der unkörperlichen Sachen zum liegenden oder fahrenden Gut wird infolge der üblichen Verwechselung des Rechtsgegenstandes mit dem Recht meist als Einteilung der Rechte bezeichnet[38]. Genau genommen handelt es sich stets um eine dem Gegenstande des Rechts beigelegte Eigenschaft, durch die dann das Recht selbst den Charakter eines Rechtes an liegendem oder fahrendem Gut empfängt. Über die Zugehörigkeit der einzelnen Arten von Vermögensrechten finden sich in manchen Gesetzbüchern allgemeine Bestimmungen[39]; bisweilen ist angeordnet, dafs im Zweifel die Rechte als beweglich gelten sollen[40]. Das heutige deutsche Reichsrecht nimmt eine

---

zum Ankauf von Liegenschaften bestimmtes Kapital verliegenschaftet; Renaud, Krit. Zeitschr. a. a. O. S. 87 Anm. 17, Huber IV 685 Anm. 15.

[36] Wittgensteinsche Ger.O. v. 1569 Anhangsbericht c. 15 § 5 (b. Gengler, Lehrb. I 144); Wormser Ref. IV, 4 t. 8; Frankf. Ref. II, 3 § 2; Catzenelnbog. L.O. IV, 10 Abs. 2; Kurköln. Ref. VIII § 8; Kurpfälz. L.R. IV, 12 Abs. 5; Kurtrier. L.R. XII § 3 (in besonders ausgedehntem Maße); Kreittmayr, Anm. zu Bayr. L.R. II c. 1 § 8 (Bibliotheken); Schweizer Quellen b. Leu II 76 u. 77 u. Huber IV 685 Anm. 13; Walch S. 136 ff.; Mittermaier § 143 I; Heusler, Inst. I 334 ff.; Stobbe § 63 Anm. 18.

[37] Vgl. Gaill II obs. 11 nr. 9 sq.; P. Voet, Comm. ad Pand. I t. 8 § 18 sq.; Schilter exerc. IV § 21 sq.; Pufendorf a. a. O. III Obs. 174; Leyser spec. 26; Glück II § 174 S. 532 ff.; Höpfner, Komm. § 343; Danz II 471 ff.; Wächter, Württ. P.R. II 225 ff., Pand. I 284 ff.; Unger I 394 ff.; Beseler S. 296 ff.; Stobbe I 592 ff.; Franken S. 158 ff.; Dernburg, Pand. § 74 II; Regelsberger, Pand. I 377 ff.; v. Meibom, Arch. f. civ. Pr. LXXII 352 ff.; Krainz I 203; Zachariae I § 104 (171); Crome, Allg. T. S. 180 u. 194 ff.; Erdmann IV 138 ff.

[38] Oben Bd. I 271. Neuere halten es daher für erforderlich, auch das Eigentumsrecht in die Einteilung hineinzuziehen; Unger I 395, Dernburg I 174, Crome, Allg. T. I § 18 Anm. 58 u. b. Zachariae § 104 Anm. 1a. Die Gesetze enthalten sich solcher Folgerichtigkeit in der Ungenauigkeit. Sie setzen auch als selbstverständlich voraus, daß bei gemeinschaftlichem Eigentum die Anteilsrechte je nach der Beschaffenheit des Eigentumsobjekts Rechte an liegendem oder fahrendem Gut sind.

[39] Vgl. Frankf. Ref. II, 3 § 1 ff.; Catzenelnbog. L.O. IV t. 10; Kurköln. Ref. VIII § 7; Kurpfälz. L.R. t. 12; Preuß. L.R. v. 1721 IV, 6 a. 7 § 4; Bayr. L.R. II c. 1 § 9; Preuß. A. L.R. I, 2 § 7—9; Code civ. Art. 526 u. 529; Bad. L.R. Art. 526, 526a u. 529; Österr. Gb. § 298—299; Sächs. Gb. § 59—60.

[40] Preuß. A. L.R. I, 2 § 7; Österr. Gb. § 298; Sächs. Gb. § 60. An sich ist diese Regel nicht begründet; v. Meibom a. a. O. S. 353 ff.; a. M. Dernburg, Pand. § 74 Anm. 11.

Digitized by Google

Klassifikation sämtlicher Vermögensrechte nur für ein bestimmtes Rechtsverhältnis, die eheliche Fahrnisgemeinschaft, vor[41]. Diese gesetzliche Grenzziehung zwischen unbeweglichem und beweglichem Vermögen kann für andere Verhältnisse, in denen die Unterscheidung erheblich wird, als Anhalt dienen. Doch kann auf den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten durch Rechtssatz, bei rechtsgeschäftlichen Anordnungen durch den Parteiwillen die Grenze anders gezogen werden. In Ansehung der Zwangsvollstreckung geht das Reichsrecht selbst von einem engeren Begriff des unbeweglichen Vermögens aus[42]. Gewissen Arten von Rechten aber legt auch das heutige Recht nicht blofs für einzelne Verhältnisse, sondern allgemein die Eigenschaft der Unbeweglichkeit oder der Beweglichkeit bei[43].

1. Selbständige Gerechtigkeiten. Das deutsche Recht entwickelte den Begriff der selbständigen Gerechtigkeiten, denen es liegenschaftlichen Charakter zuschrieb und auf die es das gesamte Grundstücksrecht anwandte. Es zählte dazu ständige Nutzungsrechte an Grund und Boden, aber auch zahlreiche Persönlichkeitsrechte, wie Gewerbeberechtigungen, Zwangs- und Bannrechte, Jagd- und Fischereigerechtigkeiten und andere Aneignungsrechte, desgleichen die um ihres nutzbaren Inhalts willen als Vermögensrechte aufgefafsten Amtsgerechtsame, Münz- und Zollgerechtigkeiten, Vogteien usw.[44]. Die liegenschaftliche Natur solcher Persönlichkeitsrechte ergab sich daraus, dafs sie an eine feste Stätte gebunden waren und die dauernde Macht zu einer bestimmten nutzbringenden Tätigkeit innerhalb eines räumlich begrenzten Bezirks verliehen. So näherte sich denn auch ihr Begriff dem eines dinglichen Rechts an Grund und Boden stark an oder ging geradezu in diesen Begriff über. Das neuere Recht hielt an der Kategorie der selbständigen liegenschaftlichen Gerechtigkeiten

---

[41] B.G.B. § 1551.

[42] C.Pr.O. § 864 (es gehören dazu von Rechten nur die dem Grundstück gleichgestellten Gerechtigkeiten); ebenso schon Preufs. G. v. 13. Juli 1883 § 1 Z. 3, Bayr. G. v. 23. Febr. 1879 Art. 2 Nr. 2; vgl. v. Meibom a. a. O. S. 352. — Nach C.Pr.O. § 871 kann das Landesrecht auch das (dingliche oder persönliche) Nutzungsrecht an einer Bahneinheit in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen rechnen; dies geschieht im Preufs. Ges. über die Bahneinheiten § 54.

[43] Vgl. unten Anm. 47—48, 50, 71.

[44] Hierüber namentlich Heusler, Inst. I § 68—69, der aber unrichtig die Servituten und alle Reallasten einbezieht. Vgl. auch Gierke, Gen.R. II 62, 124 ff., 347 ff., 916 ff.

Digitized by Google

fest und gab ihr im Bereiche des Grundbuchwesens dadurch eine formelle Ausprägung, dafs solche Gerechtigkeiten ein eigenes Grundbuchblatt erhielten und damit den Grundstücken vollkommen gleichgestellt wurden[45]. Viele der alten Gerechtigkeiten verschwanden freilich im Laufe der Zeit, mehrfach aber wurden auch Rechte, die einst eine andere Natur hatten, in die Form einer selbständigen Gerechtigkeit gegossen[46]. Im neuen gemeinen Recht ist nur eine einzige derartige Gerechtigkeit anerkannt: das Erbbaurecht, das nach dem B.G.B. einen unkörperlichen Vermögensgegenstand bildet, auf den die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden[47]. Daneben aber kennt das Landesrecht mancherlei andere Berechtigungen, die teils unmittelbar durch das Reichsrecht, teils auf Grund besonderer oder allgemeiner reichsgesetzlicher Ermächtigung durch das Landesrecht den Grundstücken gleichgestellt sind[48].

2. Mit Sachen verbundene Rechte. Ist ein Recht mit einer körperlichen Sache so verbunden, dafs diese als Rechtsträgerin erscheint, so teilt notwendig die körperliche Sache dem ihr anhangenden Recht die eigene Beschaffenheit mit[49].

Darum gelten einerseits alle Realrechte, was immer ihr Gegenstand sein mag, als liegenschaftliche Rechte; das gerade ist ihr eigentliches Wesen, dafs sie die Macht haben, Güter jeglicher Art einem Grundvermögen einzuverleiben[50].

---

[45] Preufs. A. L.R. I, 2 § 9, G. v. 5. Mai 1872 u. v. 13. Juli 1883 § 1 Z. 3: „selbständige Gerechtigkeiten, welche die Eigenschaft unbeweglicher Sachen haben". Sächs. Gb. § 59.

[46] So z. B. das Bergwerkseigentum und das ehemalige Untereigentum bei der Erbpacht.

[47] B.G.B. § 1017. Näheres unten § 141.

[48] Durch Reichsrecht Erbpachtrechte mit Einschlufs des Büdner- und Häuslerrechts (E.G. Art. 63) und nicht bergrechtliche Abbaugerechtigkeiten (E.G. Art. 68); durch Landesrecht kraft besonderer Ermächtigung vererbliche und veräufserliche Nutzungsrechte an Grundstücken (E.G. Art. 196), kraft allgemeiner Ermächtigung Bergwerkseigentum, Jagd- und Fischereirechte, Regalgerechtigkeiten, Apothekergerechtigkeiten usw. Näheres unten § 142. — Nach dem Schweiz. Entw. § 658 sind aufser den Liegenschaften die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte, wie namentlich Wasserrechte und Baurechte, und die Bergwerke „unbewegliche Sachen".

[49] Bayr. L.R. II c. 1 § 9: „folgen . . . der Qualität desjenigen Dinges, dem sie anhangen".

[50] v. Meibom S. 358; Preufs. A. L.R. I, 2 § 8, Österr. Gb. § 298, Sächs. Gb. § 60. Für das geltende deutsche Recht ergibt sich das gleiche aus § 96 des B.G.B., nach dem sie „als Bestandteile des Grundstücks" gelten; vgl. unten § 106.

Digitized by Google

Andererseits wird durch die Verkörperung in einem Wertpapier jedes Recht, mag es auch ein Grundstück zum Gegenstande haben, mobilisiert; das eben ist die Funktion der Wertpapiere, Güter jeglicher Art und selbst Bestandteile des Grundvermögens in bewegliches Vermögen zu verwandeln[51].

3. Sonstige Rechte. Im übrigen entscheiden über die Beschaffenheit eines Rechts die Beziehungen seines unkörperlichen Gegenstandes zur Körperwelt.

a. Darum ergibt sich für dingliche Rechte unmittelbar aus der Beschaffenheit der ihnen unterworfenen körperlichen Sache eine gleichartige Beschaffenheit[52]. Denn ihr Gegenstand ist ja ein ideell begrenztes Stück jener Sache. Dingliche Rechte an Grundstücken gehören also, auch wenn sie weder selbständige Gerechtigkeiten noch Realrechte sind, der Regel nach zum unbeweglichen Vermögen[53]. Dies gilt auch für Reallastberechtigungen[54]; doch wird hier oft nur das Recht im Ganzen für unbeweglich, das Recht auf die einzelne Leistung für beweglich erklärt[55], ja mitunter den ablöslichen Renten und Gülten überhaupt die Eigenschaft von Fahrnis beigelegt[56]. Es gilt an sich auch für Grundpfandrechte[57], sie müfsten denn durch wertpapiermäfsige Einkleidung mobilisiert sein; indessen wurde für das gemeine Recht

---

[51] Vgl. unten § 108 ff.

[52] Bayr. L.R. I c. 8 § 9 u. Kreittmayr, Anm.; Gaill II obs. 11 nr. 10; Voet a. a. O. § 20; Glück II 535; Unger I 396; Huber IV 686 Anm. 18.

[53] Wormser Ref. II, 3 § 1 u. 3; Solms. L.R. II, 28 § 11; für die Fahrnisgemeinschaft B.G.B. § 1551 Abs. 2.

[54] Vgl. Clement. 1 de V.S. (V, 11); Grimm, W. V 202 § 3, VI 367 § 57; Wormser Ref. IV, 4 § 8, V, 1 § 1; Frankf. Ref. II, 3 § 1; Solms. L.R. a. a. O.; Lüneb. Niedergerichts-O. b. Pufendorf III App. S. 377; Const. Bl. Saxon. III, 24; Kurköln. Ref. VIII § 7; Kurpfälz. L.R. IV, 12 Abs. 4; Schweiz. R. b. Huber IV 687 Anm. 19; weitere Nachweise b. Stobbe § 63 Anm. 28.

[55] Nürnb. Ref. v. 1522 XIII, 5, v. 1564 I, 11 c. 4, Frankf. Ref. II, 3 § 5, Kurköln. Ref. VIII § 7. Tengler, Laienspiegel a. a. O., nimmt dies für Zinse, Renten und Gülten, nicht aber für Frondienste an. Allgemein dafür Wächter, Pand. I 284, Unger I 397, Wendt a. a. O. S. 18 ff., Stobbe I 593, v. Meibom a. a. O. 361.

[56] So z. B. Stat. v. Allstedt v. 1565 b. Walch VI 231, Jülich-Berg. L.R. c. 69, Recht v. Rees in Z. f. R.G. X 225, andere Quellen b. Stobbe § 63 Anm. 28; vgl. auch Bad. L.R. Art. 526a. Nach Zürch. Ratserk. v. 1419 b. Bluntschli, R.G. I 424 ff., u. Stat. v. Greufsen v. 1556 II, 11 b. Walch VII, 129 macht nur das Kündigungsrecht des Gläubigers, nicht das des Schuldners die Rente zur Fahrnis.

[57] So noch Worms. Ref. IV, 4 t. 8, Jülich-Berg. L.R. c. 95.

Digitized by Google

meist aus der akzessorischen Natur des Pfandrechts die Erstreckung der Beweglichkeit der Forderung auf die Hypothek gefolgert[58], den selbständigen Hypotheken und Grundschulden des deutschen Rechts aber im Zusammenhange mit der Ausbildung ihrer Verkehrsfähigkeit Beweglichkeit zugeschrieben[59]; die neueren Gesetzbücher rechnen daher die Grundpfandrechte allgemein zum beweglichen Vermögen[60]. Dingliche Rechte an beweglichen Sachen gehören zur Fahrnis. Bei der Erstreckung des Sachenrechts auf unkörperliche Sachen entscheidet die Natur der unkörperlichen Sache im Ganzen zugleich über die Natur des aus ihr als Gegenstand eines dinglichen Rechts ausgeschiedenen Bestandteils[61].

b. Bei Forderungsrechten verstattete das deutsche Recht, falls sie sich auf eine Sache beziehen, diesem entfernteren Objekt einen Einflufs auf die Beschaffenheit der Forderung selbst[62]. Darum gehören Forderungen auf Herausgabe oder Gebrauchsüberlassung einer Liegenschaft zum liegenden Gut[63], Geldforderungen

---

[58] Voet a. a. O. § 27; Kreittmayr a. a. O.; Glück II 535; Höpfner § 343; Wächter, Württ. P.R. II 225; Goldschmidt, Handb. I 680; Wendt a. a. O. S. 16; v. Meibom a. a. O. S. 356; R.O.H.G. II 44. — Dagegen Unger I 396 ff.

[59] v. Meibom a. a. O. S. 356 ff.; Regelsberger § 98 V I; Cosack b. Gerber (17. Aufl.) § 49 Anm. 1 a; ältere Quellen b. Stobbe § 63 Anm. 29.

[60] Vgl. für das preufs. R. R.O.H.G. XVI 276, für das französ. R. Zachariae I § 104 Anm. 2, für das österr. R. Krainz I 203; Sächs. Gb. § 60; Bern. Gb. § 339. So auch hinsichtlich der Fahrnisgemeinschaft B.G.B. § 1551 Abs. 2 Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden.

[61] Doch gehört nach dem Wortlaut des § 1551 B.G.B. bei der Fahrnisgemeinschaft zwar der Nießbrauch an einer selbständigen Gerechtigkeit, nicht aber der Nießbrauch an einer Reallastberechtigung zum unbeweglichen Vermögen.

[62] Bayr. L.R. II c. 1 § 9: „so folgen sie doch dem Objekto, worauf sie gehen“. Vgl. Gaill II obs. 11 Nr. 10; Wächter, Württ. P.R. II 226 ff. u. Pand. I 284 ff.; Unger I 398 Anm. 66; Windscheid, Pand. I § 139 Anm. 5; Roth, D. P.R. I 427; Stobbe I 595; Wendt a. a. O. S. 17; Regelsberger I § 98 Anm. 19. — Dagegen nahmen Andere für das gemeine Recht Beweglichkeit aller Forderungen an; so z. B. Voet I, 8 § 21, Pufendorf III obs. 174 § 8 ff., Glück II 536, Thibaut § 173, Arndts § 50, Dernburg, Pand. I § 74 Anm. 11, v. Meibom a. a. O. S. 355, Seuff. VIII Nr. 12. Ebenso Preufs. L.R. I, 2 § 7, Österr. Gb. § 298, Sächs. Gb. § 60.

[63] So nach Worms. Ref. V, 1 § 1, Nürnb. Ref. I, 11 c. 4 a. E., Frankf. Ref. II, 3 § 1 u. 3 (auch Pachtrechte). Vgl. ferner Code civ. Art. 526 u. dazu Renaud a. a. O. S. 235 ff., Zachariae I 293 ff. — Das B.G.B. § 1551 rechnet bei der Fahrnisgemeinschaft nur die auf Übertragung von Grundeigentum oder auf Begründung, Übertragung oder Aufhebung eines liegenschaftlichen Rechts gerichteten Forderungen zum unbeweglichen Vermögen, Miets- und Pachtrechte aber nicht.

Digitized by Google

dagegen, auch wenn sie sich auf wiederkehrende Leistungen richten, zur Fahrnis[64]. Forderungen, die nicht auf Sachleistung gehen, sind beweglich.

c. Persönlichkeitsrechte empfangen, soweit sie überhaupt zu Vermögensrechten entwickelt sind, durch die Erhebung zu selbständigen Gerechtigkeiten oder durch die Verbindung mit einem Grundstück die Eigenschaft von liegendem Gut, während in allen anderen Fällen ihr Gegenstand als eine bewegliche unkörperliche Sache erscheint[65].

4. Vermögensganze. Wird ein Vermögen als unkörperliche Sacheinheit betrachtet, so kann es als Ganzes für unbeweglich oder beweglich erklärt werden. Die einzelnen Vermögensbestandteile behalten dann ihre besondere Natur, folgen aber als Teile des Vermögensganzen der Natur dieses Ganzen. Liegenschaftliche Natur hat selbstverständlich das Grundvermögen, das aus einem Grundstücke und allen ihm zugehörigen körperlichen und unkörperlichen Sachen besteht[66]. Das ältere deutsche Recht war aber geneigt, überall da, wo das gesamte Vermögen einer Person vergegenständlicht wurde, in der Fahrnis nur eine Ergänzung des Grundvermögens zu erblicken, und gelangte von hier aus dazu, das Vermögen im Ganzen überhaupt und ohne Rücksicht auf das Vorhandensein von Grundbesitz dem Liegenschaftsrecht zu unterwerfen[67]. Im modernen Recht überwiegt umgekehrt die Neigung,

---

[64] Code civ. Art. 529. — Ältere Quellen erklären oft alle dauernden Renten und verzinslichen Forderungen, weil sie einen festen Vermögensstand gewähren, für liegendes Gut; vgl. Grimm, W. VI 367 § 57, Walliser Landr. v. 1514 Art. 40 u. v. 1571 c. 110 b. Heusler a. a. O. S. 222, andere Schweiz. Quellen b. Huber IV 687 Anm. 19, Renaud a. a. O. S. 89 ff., Phillips I 390 Anm. 7. Auch findet sich die Anschauung, daß eine Forderung durch hypothekarische Sicherung unbeweglich wird; Frankf. Ref. II, 3 § 1, Z. f. schweiz. R. XXVII 99.

[65] So bei Urheberrechten, Erfinderrechten (R.Ger. XXXI Nr. 67), Markenrechten usw.; vgl. Goldschmidt I 681.

[66] Darum werden als Grundvermögensbestandteile nicht bloß bewegliche Sachen, sondern auch Geldforderungen, wie Miets- und Pachtszinsforderungen und Versicherungsforderungen, den Grundpfandrechten (B.G.B. § 1123 ff.) und der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (C.Pr.O. § 865) zugänglich. — Gleiches gilt für erweiterte und gebundene Grundvermögen, wie das Lehns-, Stammguts- und Fideikommißvermögen. Schlechthin ist die Bahneinheit einem Grundstücke gleichgestellt; Preuß. G. v. 8. Juli 1902 § 16.

[67] Dies zeigt sich im Gewersystem, insbesondere bei der Anwendung der Auflassungsform auf die Vergabung eines ganzen Vermögens. Auch findet sich gesetzliche Verliegenschaftung des Frauenguts; vgl. Kyburger Grafschaftsr. b. Bluntschli, R.G. I 425.

Digitized by Google

das Vermögen als Ganzes zu mobilisieren[68]. Insbesondere werden die als kapitalistische Werteinheiten ausgestalteten Sondervermögen auch dann, wenn sie liegendes Gut enthalten, als beweglich behandelt[69]. So gehören auch die Anteile an einem Gesellschaftsvermögen zum beweglichen Vermögen. Bei der Aktiengesellschaft wird die Mitgliedschaft selbst durch den sie tragenden Anteil am Vereinsvermögen zur beweglichen Sache gestempelt[70]. Ja sogar bei der Gewerkschaft sind die als Kuxe vergegenständlichten Mitgliedschaften, die das ältere Bergrecht wegen der ihren Kern bildenden Teilhaberschaft am Bergwerkseigentum als unbeweglich behandelt, durch das neuere Bergrecht für beweglich erklärt[71].

§ 102. Öffentliche, verkehrsunfähige, herrenlose Sachen[1].

I. **Öffentliche Sachen.** Manche körperliche Sachen empfangen dadurch eine besondere Rechtsstellung, dafs sie als

---

[68] Darum ist auch die Erbschaft als Ganzes für beweglich zu erachten; Entsch. des O.Trib. Berlin LXXVI 153.

[69] So das Handels- oder Geschäftsvermögen; vgl. R.O.H.G. XI 150, XV 102 (Veräufserung des Geschäfts im Ganzen ist, wenn auch liegendes Gut dazu gehört, kein Vertrag über unbewegliche Sachen). — Die umgekehrte Neigung das Geschäftsvermögen zu verliegenschaften, tritt in den oben Anm. 36 angef. Ges. hervor; vgl. bes. Kurtrier. L.R. Tit. XII, wo in § 3 ausdrücklich auch die aus einem Geschäftsbetriebe entspringenden Aktiva und Passiva zum liegenden Gut gerechnet werden.

[70] Für das heutige Recht entscheidet schon die wertpapiermäfsige Einkleidung; die Beweglichkeit besteht indes auch unabhängig von dieser (so schon bei den luoghi di monte in Genua, Pertile IV 162 Anm. 19). Vgl. Code civ. Art. 529, Zachariae I 295 ff. — Auch die Anteile bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind beweglich. — Über Schiffsparten vgl. v. Meibom a. a. O. S 539.

[71] Preufs. Bergges. § 101 Abs. 3: „sie haben die Eigenschaft beweglicher Sachen"; jetzt nach A.G. zum B.G.B. Art. 37 Z. IX: „sie gehören zum beweglichen Vermögen". Kuxe älterer Gewerkschaften aber sind unbeweglich geblieben und durch die A.G. zum B.G.B. den Vorschriften des B.G.B. über Grundstücke unterstellt; Preufs. A.G. Art. 37 Z. XIII, Bayr. Art. 157 Z. 19 (unrichtig Endemann I § 51 Anm. 14). — Bei der Mobilisierung der Kuxe leistete die Wertpapiersform Hülfsdienste; der innere Grund aber liegt in der Auffassung des gesamten Gewerkschaftsvermögens als einer das Bergwerk einschliefsenden kapitalistischen Werteinheit.

[1] H. Wappaeus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen, nach röm. u. heut. R., Göttingen 1867. Burckhard, Z. f. d. P. u. öff. R. d. G. XV 611 ff. Hirsekorn, Über die öffentlichen Sachen im

Digitized by Google

„öffentliche" Sachen teilweise dem Sachenrechte entzogen sind. Das heutige Recht knüpft eine derartige Wirkung nicht an die Beschaffenheit des Subjektes, dem eine Sache gehört[2], sondern an die Bestimmung des Sachkörpers für einen als „öffentlich" anerkannten Gebrauch[3]. Hierdurch wird die Sache in den Zustand einer objektiven Zweckgebundenheit versetzt[4]. Sie behält die

---

Gemeingebrauch, Berlin 1879. Davidson, Rechtsschutz des Gemeingebrauchs an den öffentlichen Sachen, Göttingen 1889. S. Rosenfeld, Das Wesen des Rechts auf Gemeingebrauch an öffentlichen Flüssen und Wegen nach heut. gem. R. und nach Partikularrecht, Berlin 1899. — Lehrb. d. D. P.R. v. Beseler § 53; Roth I § 79; Stobbe I § 64; Franken § 19; Gerber-Cosack § 51—52. — Lehrb. d. Pand. v. Windscheid I § 146—147; Wächter I § 60; Dernburg I § 67; Bekker I § 76—78; Regelsberger I § 103—117. — Randa, Eigentumsr. (2. Aufl., 1893) I 36 ff. — Dernburg, Preuſs. P.R. I § 67. Unger, Österr. P.R. I 362 ff.; Krainz I § 84—87. Wächter, Württ. P.R. II 280 ff. Zachariae, Französ. C.R. I § 107—108 (174—176); Crome, Allg. T. S. 202 ff. Huber, Schweiz. P.R. III 15 ff. — Schriften über das Recht des B.G.B. v. Cosack I § 47; Endemann II § 4—5; Enneccerus I § 40; Dernburg III § 7; Kuhlenbeck II 391 ff.; Rehbein I 74 ff.; Crome I § 65—68. — v. Stengel, Deut. Verwaltungsr. S. 49 ff. O. Mayer, Deut. Verwaltungsr. II § 35—41. M. Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts, Leipzig 1902, S. 609 ff. — Über das deut. R. des M. A. Heusler, Inst. I § 73—74.

[2] Anders ursprünglich das röm. R.; vgl. Gierke, Gen.R. III 54 ff., L. Hegelmaier, Grundeigentum im öff. R., Tübingen 1891, S. 19 ff. Heute empfängt eine Sache dadurch, daſs sie einer öffentlichen Verbandsperson angehört, keine besondere Sacheigenschaft; die Erschwerungen der Veräuſserung von Staats-, Gemeinde- oder Kirchengut sind nur Voraussetzungen für rechtswirksames Handeln des Subjekts. Einer anderen Auffassung scheint freilich das Elsaſs-Lothr. A.G. zum B.G.B. § 49 zu huldigen, indem es derartige Vorschriften über Grundstücke des Staats als „Vorschriften zum Sachenrecht" gibt. Über preuſs. Domänen vgl. Dernburg, B.R. III § 7 Z. 4. — O. Mayer a. a. O. S. 71 ff. führt aus, daſs der heutige Begriff der öffentlichen Sache neben einer besonderen Zweckbestimmung eine eigenartige subjektive Zugehörigkeit öffentlichrechtlicher Art fordere. Diese Ansicht steht und fällt mit seiner Theorie des öffentlichrechtlichen Eigentums; vgl. unten Anm. 5.

[3] Die öffentlichen Sachen stehen zwar der Regel nach, nicht aber notwendig im Eigentum einer öffentlichen Verbandsperson. Jedenfalls wird ihre Sonderstellung für den Bereich des Privatrechts unabhängig von der Eigentumsfrage durch ihre Gebrauchsbestimmung begründet und nach der Art ihres Gebrauchs abgestuft. Ihre Heraushebung aus dem Kreise der übrigen Sachen hat daher auch zwar Berührungspunkte, aber keinen inneren Zusammenhang mit der staatsrechtlich wichtigen Unterscheidung von „Verwaltungsvermögen" und „Finanzvermögen"; vgl. Laband, Ann. des Deut. Reichs, Jahrg. 1873, S. 412 ff., Staatsr. IV § 115; G. Meyer, V.R. II § 240. O. Mayer S. 71 ff. stellt sie als eine dritte Art von öffentlichem Gut daneben.

[4] Bekker, Pand. I 336 u. 338. Zachariae I § 108 (175).

Digitized by Google

Fähigkeit, Gegenstand des Sachenrechts zu sein, nimmt aber eine besondere rechtliche Eigenschaft an, vermöge deren sie dem Sachenrechte nur innerhalb der Schranken unterliegt, die hier das öffentliche Recht dem Privatrecht setzt, um die Erhaltung des Sachkörpers für den öffentlichen Gebrauch zu sichern[5]. Diese Eigenschaft wird von der Rechtsordnung gewissen Sachen auf Grund ihrer natürlichen Beschaffenheit, anderen Sachen lediglich zufolge einer ihnen willkürlich gegebenen Bestimmung beigelegt. Demgemäfs erfolgt die Begründung oder Aufhebung der Öffentlichkeit einer Sache unter Umständen unmittelbar durch die Veränderung der natürlichen Beschaffenheit eines Sachkörpers, vielfach aber auch durch öffentlichrechtliche Willenserklärungen der hierzu berufenen Gemeinschaftsorgane[6]. Wird eine bisher nicht öffentliche Sache in eine öffentliche Sache verwandelt, so tritt sie ohne weiteres unter das für Sachen solcher Art geltende öffentliche Recht. Dagegen bestehen die an ihr begründeten Privatrechte mangels abweichender gesetzlicher Bestimmungen fort, bis sie entweder durch

[5] Eine abweichende Auffassung führt jetzt O. Mayer a. a. O. S. 68 ff., nachdem er sie früher für das französ. R. verteidigt hat (Theorie des Französ. V.R. S. 229), allgemein durch. Das private Sachenrecht soll an der öffentlichen Sache zugunsten eines öffentlichen Sachenrechts, dessen Wesen in der Ausgestaltung rechtlicher Sachherrschaft zu öffentlicher Verwaltung besteht, verschwinden. Anstatt eines Privateigentums soll, wie dies für die römischen res publicae bereits von Eisele (vgl. Gierke a. a. O.) behauptet ist, ein öffentlichrechtliches Eigentum des Staats oder eines anderen öffentlichen Verbandes oder auch einer Privatperson als Trägerin eines öffentlichen Unternehmens Platz greifen. Steht eine öffentliche Sache im Privateigentum, so soll doch an ihr eine öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit (a. a. O. S. 84 u. 163 ff.) oder mindestens ein öffentlichrechtlicher Besitz (S. 84 u. 185) bestehen. Diese Theorie, die O. Mayer im Arch. f. öff. R. XVI 38 ff. weiter ausgebaut hat, ist neuestens namentlich von Layer a. a. O. S. 613 ff. aufgenommen und noch erheblich ausgedehnt. Sie entstammt der in Frankreich herrschenden Lehre vom domaine public; vgl. darüber Layer S. 623 ff. Geltendes deutsches Recht, wie Layer S. 632 ff. darzutun versucht, ist eine derartige Verdoppelung des Sachenrechts zweifellos nicht. Es ist aber auch nicht einzusehen, welcher Gewinn daraus erwachsen soll, wenn hier die überall sonst durchgeführte Scheidung von Hoheitsrecht und Privatrecht aufgegeben und das Sachenrecht durch Verschmelzung mit Hoheitsrecht in öffentliches Sachenrecht umgewandelt wird. Zumal nach Mayers eignen Ausführungen dieses öffentliche Sachenrecht konkurrierende Privatrechte an der ergriffenen Sache nicht ausschliefst (S. 98, 111, 172) und immer wieder in privates Sachenrecht umschlagen kann (S. 109 ff., 177).

[6] Das Nähere hierüber gehört ins öffentliche Recht; vgl. v. Stengel a. a. O. S. 53 ff., O. Mayer, V.R. II 85 ff., 106 ff., 169, 177, 185.

Digitized by Google

einen dazu geeigneten Privatrechtsakt oder durch einen öffentlichrechtlichen Enteignungsakt beseitigt sind[7]. Wird eine öffentliche Sache ihrer Zweckgebundenheit entkleidet, so gewinnen die an ihr begründeten Privatrechte die Fähigkeit, sich frei im Sinne des gewöhnlichen Sachenrechts zu entfalten[8].

In gewissem Umfange macht jeder öffentliche Gebrauch die ihm gewidmete Sache zu einer öffentlichen Sache[9]. Denn sobald ein Sachkörper bestimmungsmäfsig der Erfüllung eines als öffentlich gewerteten Gemeinschaftszweckes dient, mufs der Herrschaftsbereich des Privatrechts da enden, wo die Anwendung der Privatrechtssätze die öffentliche Zweckbestimmung der Sache vereiteln würde[10].

Eine Steigerung aber erfährt die Zurückdrängung des Sachenrechts bei den einem öffentlichen Gemeingebrauch unterworfenen Sachen, die als öffentliche Sachen im engeren Sinne gelten[11].

---

[7] So auch O. Mayer a. a. O. S. 90 ff., 98, 169.

[8] Vgl. O. Mayer a. a. O. S. 109 ff., 177.

[9] Öffentliche Sachen im weiteren Sinne sind alle dem Reiche oder einem Einzelstaate gehörigen „öffentlichen" Gebäude, Plätze und Anlagen für behördliche, militärische, polizeiliche, wissenschaftliche, künstlerische, erziehliche, gewerbliche, soziale und sonstige gemeinnützige Gebrauchszwecke, sowie das zugehörige bewegliche Gerät, Kriegsmaterial, Unterrichtsmaterial, Bücher- und Kunstsammlungen usw. Desgleichen die für einen entsprechenden öffentlichen Gebrauch bestimmten Sachen der Gemeinden und sonstigen öffentlichen Körperschaften. Aber auch Sachen im Eigentum von Privatpersonen, wenn sie im Dienste eines vom Staate konzessionierten Unternehmens für einen als öffentlich anerkannten Gebrauch bestimmt sind, wie z. B. Eisenbahnen mit Zubehör, Beleuchtungsanstalten, Wasserleitungen usw. Auch öffentliche Denkmäler, in wessen Eigentum sie immer stehen mögen, gehören hierher; Bekker I § 77 Beil. I A.

[10] Insbesondere sind solche Sachen der Pfändung entweder überhaupt entzogen oder doch nur insoweit unterworfen, als davon die öffentliche Gebrauchsbestimmung unberührt bleibt. Vgl. Württ. A.G. zur C.Pr.O. Art. 21; Meili, Rechtsgutachten (oben I 560 Anm. 18) S. 17 ff.; Bekker § 77 Beil. III; Regelsberger § 112 II B. Ferner das auch auf Privateisenbahnen bezügliche R.Ges. v. 3. Mai 1886 über die Unzulässigkeit der Pfändung von Eisenbahnmaterial. Vgl. auch Erk. des R.Ger. XVIII Nr. 73. — Auch die Wirkungen der rechtsgeschäftlichen Verpfändung, der Ersitzung und des Grundbuchformalismus müssen vor der öffentlichen Gebrauchsbestimmung der Sache Halt machen.

[11] Die Grenzen dieses Begriffes sind zum Teil unsicher. So nähern sich öffentliche Bibliotheken, Museen, Asyle, Markthallen, Schlachthäuser, Schulen, Krankenhäuser usw. den Sachen im Gemeingebrauch an, sind aber gleichwohl ihnen nicht zuzurechnen, da ihr Gebrauch immer noch von einer, obschon vielleicht unentgeltlichen und nicht versagbaren Zulassung abhängt; Randa

Digitized by Google

Auch sie sind nach deutscher Auffassung weder herrenlos noch verkehrsunfähig. Allein so lange sie für den Gemeingebrauch bestimmt sind, zieht diese öffentliche Zweckbestimmung ihrer Zugänglichkeit für das Privatrecht enge Schranken. Sie befinden sich im Eigentum des Staates oder einer anderen öffentlichen Verbandsperson oder auch einer Privatperson[12]. Dieses Eigentum ist aber

I 50 ff., Regelsberger I § 113 III, O. Mayer S. 81; a. M. Stobbe I 600, Bekker § 78 Anm. m. Keinesfalls darf der Begriff der Sachen im Gemeingebrauch auf Sachen ausgedehnt werden, an denen ein Gebrauchsrecht erst durch Vertragsschluſs erworben wird, mag auch der Eigentümer zu solchem Vertragsschluſs mit Jedermann bereit oder sogar (kraft Kontrahierungszwanges, vgl. Biermann, Jahrb. f. D. XXXII 265 ff.) verpflichtet sein. Mithin auch nicht, wie Wappaeus a. a. O. S. 105 u. 115, Sarwey, Öff. R. S. 329, Hirsekorn S. 62 u. A. wollen, auf Eisenbahnen; vgl. Randa I 49 Anm. 30, Stobbe § 64 Anm. 10, Bekker a. a. O., Regelsberger S. 420, v. Stengel, Wörterb. II. 184, Rosenfeld S. 10, Seuff. X Nr. 165. Die französ. Auffassung, die in ihnen Bestandteile des domaine public sieht (Zachariae § 108 Anm. 4a), ist für das rhein. R. vom R.Ger. V Nr. 89 S. 333 angenommen, aber XVIII Nr. 73 abgelehnt; ausdrücklich werden in den A.G. zum B.G.B. f. Elsaſs-Lothringen § 44 und Birkenfeld § 9 die Schienenwege der Eisenbahnen dem öffentlichen Gut zugerechnet. Unrichtig rechnet sie O. Mayer S. 77 zu den öffentlichen Sachen im engeren Sinne. — Festungswerke sind offenbar keine Sachen im Gemeingebrauch, werden aber herkömmlich dazu gerechnet (vgl. Code civ. Art. 540, Elsaſs-Lothr. A.G. § 44, Birkenf. § 9) und haben sogar im Basler Schanzenstreit den Anstoſs zu dem neu entfachten Streit über die Eigentumsfrage (unten Anm. 12) gegeben.

[12] Nachdem in der romanistischen Theorie einer älteren Lehre gegenüber, die das Eigentum verneinte oder doch zurücktreten lieſs, die Annahme eines Eigentums an den öffentlichen Sachen zu unbestrittener Herrschaft gelangt war, versuchten bekanntlich Keller und Jhering (Vermischte Schriften S. 103 ff.) im Basler Schanzenstreit die Theorie der Eigentumslosigkeit durchzusetzen. Für die Ansicht Jherings tritt neuerdings wieder Kulenkamp a. a. O. S. 393 ff. energisch ein. Im allgemeinen aber wird heute für das gemeine Recht nur über das Eigentum an öffentlichen Flüssen noch gestritten, im übrigen das Eigentum an öffentlichen Sachen anerkannt. Vgl. Gierke, Gen.R. III 55 Anm. 70; Stobbe I 599 ff.; Randa I 41 Anm. 14; Burckhard a. a. O. S. 613 ff.; Dernburg, Pand. I § 71 Anm. 7; Regelsberger § 113 VIII; auch O. Mayer S. 64 ff. (vgl. jedoch oben Anm. 5). Eigentum an allen öffentlichen Sachen besteht nach preuſs. u. österr. R., sowie nach den meisten schweiz. Gesetzb.; Dernburg, Preuſs. P.R. I § 67 Anm. 10—12; Krainz I § 86, Randa I 42 ff., Burckhard S. 617 ff. Aber auch nach französ. R.; Crome, Allg. T. I § 19 Anm. 21 (über abweichende Auffassungen in der französ. Jurisprudenz Zachariae I § 108, früher § 175). Code civ. Art. 538 sagt freilich: „ne sont pas susceptibles d'une propriété privée". Das schlieſst aber nur Eigentum von Privatpersonen aus. Mehr bedeutet es wohl auch nicht, wenn das Zürch. Gb. § 485 die öffentlichen Sachen dem „Privateigentum" (jetzt § 60 dem „Privatrecht") entzieht; ebenso Schaffhaus. Gb. § 427.

Digitized by Google

durch die der Sache auferlegte öffentlichrechtliche Last des Gemeingebrauches geschmälert[13]. Sie können den Gegenstand begrenzter dinglicher Rechte bilden[14]. Jedes besondere Privatrecht an ihnen kann aber nur insoweit ausgeübt werden, als es mit dem Gemeingebrauch vereinbar ist[15]. Sie sind veräufserlich[16]. Der rechtsgeschäftliche Verkehr vermag sie aber stets nur unter Vorbehalt des ihm entrückten Gemeingebrauchs zu ergreifen[17].

Dieser objektiven Zweckgebundenheit entspringen hier zugleich subjektive Rechte auf Teilnahme am Gemeinge-

---

[13] R.Ger. VIII Nr. 39, XVIII Nr. 73, XXX Nr. 72, XLII Nr. 13. Hierdurch wird das Eigentum keineswegs inhaltlos. Es kann Nutzungen, die nicht im Gemeingebrauch enthalten sind, wie z. B. an Bäumen, Gras usw. auf öffentlichen Wegen und Plätzen oder an Sand und Steinen im Flufsbett, gewähren und begründet stets ein Untersagungsrecht gegen jede nicht auf Gemeingebrauch oder besonderem Recht beruhende Einwirkung Dritter; R.Ger. XLII Nr. 13 u. 48, Seuff. LV Nr. 132. Und in dem Augenblick, in dem die Bestimmung für den Gemeingebrauch wegfällt, gibt es den vollen Sachgenuß.

[14] Wappaeus S. 124; Bekker I 343 ff.; Stobbe § 64 Anm. 13; Regelsberger § 115; Randa I 44; Huber III 624 ff.; Seuff. XVIII Nr. 6, XXXVII Nr. 284, LIII Nr. 242; R.Ger. LX Nr. 78, LIII Nr. 26. So auch Zürch. Gb. § 61 (486), Schaffh. § 428. Ebenso Hess. A.G. Art. 17. Abweichend für öffentliche Wege u. Plätze Bad. A.G. Art. 12. Grundsätzlich dagegen O. Mayer S. 88 ff. — An sich ist daher auch die Ersitzung von Servituten an öffentlichen Sachen möglich; Seuff. VII Nr. 140, XXI Nr. 207, XXX Nr. 114, XXXIV Nr. 90 u. 91, XXXVII Nr. 285, XLII Nr. 194, R.Ger. XXVII Nr. 63, XLIX Nr. 74. Ebenso ist ein Pfandrecht an ihnen denkbar. Seuff. XXXI Nr. 108, Randa I 46 Anm. 23; a. M. Regelsberger I 425.

[15] Randa I 46; Stobbe I 600; Seuff. XVIII Nr. 6, XXXVII Nr. 285; Hess. A.G. Art. 17. Rechte, die den Gemeingebrauch schmälern, können daher auch durch Ersitzung nicht begründet werden; Preufs. A. L.R. I, 9 § 581 u. 582; Seuff. XXI Nr. 97, XXIX Nr. 213, XXX Nr. 115, XXXIV Nr. 3; R.Ger. II Nr. 89, XXVII Nr. 63, XXX Nr. 80. Dagegen können solche Rechte, wie auf staatliche Verleihung, auf Unvordenklichkeit gestützt werden; Seuff. XXIII Nr. 110, R.Ger. XXII Nr. 43 S. 215, XXIII Nr. 31 S. 153.

[16] Wappaeus S. 122 ff.; Stobbe I 602; Randa I 46 Anm. 23; Burckhard S. 645; Hess. A.G. Art. 17. A. M. O. Mayer S. 95 ff., nach dem die öffentlichen Sachen zivilrechtlich extra commercium, dagegen einem besonderen öffentlichen Verkehrsrecht unterworfen sind.

[17] Preufs. A. L.R. I, 4 § 14, I, 8 § 4, I, 12 § 386; Hess. A.G. Art. 17. Jeder neue Erwerber kann daher die Sache nur behaftet mit dem Gemeingebrauch erwerben. So auch bei etwaigem Pfandverkaufe. Die Pfändung ist überhaupt ausgeschlossen; oben Anm. 10. Eigentumsersitzung findet nicht statt oder kann doch, wo sie zugelassen ist, den Gemeingebrauch nicht aufheben. Dem Grundbuchrecht sind die meisten öffentlichen Sachen ganz entzogen; soweit dies nicht der Fall ist, wird doch der Gemeingebrauch von den Grundbucheinträgen nicht berührt.

Digitized by Google

brauch[18]. Ein solches Recht gebührt, wenn die Sache dem Gemeingebrauch schlechthin geöffnet ist, jedem Staatsgenossen[19], in anderen Fällen nur jedem Mitgliede einer Gemeinde oder einer sonstigen öffentlichen Körperschaft[20]. Immer aber fliefst es für den Einzelnen unmittelbar aus seiner Gliedstellung im gesellschaftlichen Körper. Es ist daher reines Sozialrecht ohne Beimischung von Individualrecht und folgeweise, da hier nur öffentliche Verbände in Frage stehen[21], ein rein öffentliches Recht[22]. Seinem Inhalte nach ist es kein dingliches Recht und überhaupt kein Vermögensrecht, sondern ein publizistisches Persönlichkeitsrecht, das sich dem Gemeinwesen gegenüber in einem positiven Anspruch auf

---

[18] Irrig erblicken Jellinek, Syst. der subj. öff. R. S. 70, u. Anschütz, Der Ersatzanspruch aus Vermögensschädigungen durch rechtmäfsige Handhabung der Staatsgewalt, Berlin 1897, S. 109, darin blofse „Reflexwirkungen". Vgl. dagegen O. Mayer S. 111 ff. — Richtig betonen Bekker I § 78 Anm. g u. Regelsberger § 113 IX, dafs die subjektiven Rechte der Einzelnen den Gemeingebrauch als solchen nicht erschöpfen. Nur darf man deshalb nicht von einer dinglichen Belastung ohne entsprechende dingliche Berechtigung reden. Vielmehr handelt es sich, soweit die Bestimmung für den Gemeingebrauch unabhängig vom Dasein subjektiver Rechte wirkt, lediglich um eine das Objekt betreffende öffentlichrechtliche Einschränkung des Privatrechtsgebietes.

[19] Österr. Gb. § 287; Regelsberger I § 113 II. Nicht, wie Wappaeus S. 112 ff., Jhering u. A. sagen, dem „Publikum". Auch nicht, wie O. Mayer S. 114 meint, jedem Menschen als solchem. Allerdings werden auch Fremde zum Mitgebrauche verstattet. Ihre Zulassung beruht aber auf und bemifst sich nach ihrer Gleichstellung mit den Staatsangehörigen. Auch hat der einzelne Fremde schon deshalb, weil er kein Recht auf Aufenthalt im Staatsgebiet hat, kein festes Recht auf den Gemeingebrauch. Im Verhältnis der Staaten zu einander werden zum Teil durch völkerrechtliche Verträge Verpflichtungen zur Gestattung des Gebrauchs öffentlicher Sachen (z. B. der Ströme, Häfen, Kanäle usw.) begründet.

[20] Österr. Gb. § 288. Tatsächlich wird auch hier der Gebrauch oft weiteren Kreisen gestattet.

[21] Auch bei privaten Verbänden gibt es Sachen, die satzungsmäfsig für den Gemeingebrauch der Verbandsangehörigen bestimmt sind, wie z. B. Erholungsräume, Lesesäle, Gärten, Spielplätze usw. In solchen Fällen sind die Gebrauchsrechte der Einzelnen gleichfalls reine Mitgliedschaftsrechte und trotzdem Privatrechte; oben Bd. I 585. Die Sache selbst aber empfängt hier keinerlei rechtliche Beonderheit.

[22] Gierke, Genossenschaftsth. S. 193 ff.; Randa I 45 ff.; Dernburg, Preufs. P.R. I 139; Cosack b. Gerber § 52 Anm. 19; Huber III 629 ff.; O. Mayer S. 111 ff.; Hirsekorn S. 42; Rosenfeld S. 22 ff.; R.Ger. I Nr. 136 S. 366, VI Nr. 42 S. 162. Dagegen nehmen Jhering, Ubbelohde u. Bekker Beil. I A ein Privatrecht, Regelsberger I § 113 VI u. Bolze, Jur. P. S. 75 ff., wenigstens ein aus öffentlichem Recht und Privatrecht gemischtes Recht an.

Digitized by Google

Gewährung des Mitgebrauchs der öffentlichen Sache, allen anderen Personen gegenüber in dem negativen Anspruch auf Unterlassung jeder diesen Mitgebrauch störenden Handlung äufsert[23]. In seiner Ausübung unterliegt es der verfassungsmäfsigen Regelung durch den Staat oder einen hierbei der Oberaufsicht des Staates unterworfenen engeren Verband[24], kann daher durch die zuständigen Gemeinschaftsorgane nach Mafsgabe des geltenden öffentlichen Rechts eingeschränkt oder an bestimmte Voraussetzungen gebunden werden[25]. Für den Fall einer Schmälerung oder Aufhebung des Gemeingebrauches durch rechtmäfsigen öffentlichrechtlichen Akt steht den Benachteiligten nicht einmal ein Entschädigungsanspruch zu[26]. Im übrigen ist das Recht auf Teilnahme am Gemeingebrauch den Behörden gegenüber zwar nicht im ordentlichen Rechtswege verfolgbar, wohl aber publizistisch geschützt[27]. Der publizistische Rechtsschutz greift auch im Verhältnis der am Gemeingebrauch beteiligten Personen zueinander Platz. Im gemeinen Rechte aber werden zufolge der Aufnahme und Umbildung der römischen Interdikte auch Zivilklagen zum Schutze des Gemeingebrauches gegen Störungen durch Andere zugelassen[28]. Nach

---

[23] Ähnlich Dernburg, Pand. I § 72 Anm. 7, Sarwey, Öff. R. S. 429 ff., u. O. Mayer S. 116 ff., die aber dieses Persönlichkeitsrecht nicht als Ausflufs einer Mitgliedschaft, sondern als Stück der allgemeinen Freiheit betrachten. Dagegen nehmen viele ein eigenartiges (servitutenähnliches) dingliches Recht an; so Jhering, Geist. III § 61 S. 360 ff.; auch Bekker u. Regelsberger a. a. O., obwohl sie zugeben, daß es kein Vermögensrecht und daß es unverzichtbar und unübertragbar ist.

[24] Die Befugnis zur Regelung des Gemeingebrauchs ist ein Hoheitsrecht und völlig unabhängig vom Eigentum an der Sache; R.Ger. III Nr. 66, XXX Nr. 72. Nach O. Mayer wäre sie Ausflufs des öffentlichrechtlichen Eigentums oder dinglichen Rechts; oben Anm. 5.

[25] Vgl. O. Mayer S. 124 ff. Einschränkungen werden namentlich durch Verbote übermäfsiger Benutzung, durch Festsetzung von Rangfolgen im Gebrauch und durch zeitweilige Sperrungen begründet. Die Benutzung kann auch an die Entrichtung von Gebühren gebunden werden, die dann nicht vertragsmäfsige Gegenleistungen, sondern öffentliche Abgaben sind; R.Ger. IX Nr. 65 (für Hafengelder); O. Mayer S. 130; Huber III 630 ff.

[26] Seuff. V Nr. 134, XVII Nr. 122, XXIX Nr. 243, XXX Nr. 150, XXXVII Nr. 189, XLIV Nr. 188, XLV Nr. 99, L Nr. 75; R.Ger. III Nr. 49, VI Nr. 42, LII Nr. 99. Vgl. indes unten Anm. 35 u. 36.

[27] Sarwey a. a. O. S. 501 ff., Gierke a. a. O. S. 194 Anm. 1, Regelsberger I 422; Seuff. XIX Nr. 267, XXIV Nr. 90, XXXVI Nr. 95, R.Ger. VI Nr. 42 S. 162, XXI Nr. 35 S. 194, XLVI Nr. 77.

[28] Die Praxis nimmt überwiegend an, daß die Interdikte zum Schutz des Gemeingebrauchs in der Funktion von Popularklagen behufs Wahrnehmung

Digitized by Google

den Landesgesetzen steht meist auch in dieser Richtung nur das Verwaltungsstreitverfahren offen[29].

Durch obrigkeitliche Verleihung können Vorzugsrechte im Gemeingebrauche begründet werden[30]. Auch sie sind, insofern ihre Quelle lediglich das Hoheitsrecht der Regelung des Gemeingebrauches ist, rein öffentliche Rechte[31]. Sie sind daher wohl zu unterscheiden von den an einer öffentlichen Sache begründeten Privatrechten auf einen besonderen Gebrauch[32], wie sie in Ansehung einer dem Gemeingebrauch überhaupt entzogenen Sachnutzung noch heute entstehen können[33], auf Grund älterer

---

des öffentlichen Interesses veraltet, dagegen in der Ausbildung zu Privatklagen wegen Beeinträchtigung des eignen Sonderinteresses am Gemeingebrauche noch anwendbar sind; R.Ger. I Nr. 59, XXI Nr. 35, Seuff. XXXVI Nr. 199, XL Nr. 51, XLII Nr. 8, 9 u. 32, XLIII Nr. 219, XLV Nr. 183; Windscheid II § 467, Dernburg, Pand. I § 72 Anm. 7 u. § 73 Anm. 10, Regelsberger § 114 II, Davidson a. a. O., Rosenfeld S. 35 ff. — Bekker a. a. O. S. 342 ff. will folgerichtig die Interdikte durch dingliche Klagen ersetzen. — Das B.G.B. hat hieran nichts geändert; Kuhlenbeck II 404. Hinsichtlich öffentlicher Gewässer folgt dies aus E.G. Art. 65; jedenfalls unrichtig daher Endemann II § 5. Aber auch für öffentliche Wege ist der Ansicht des R.Ger. LIII Nr. 95, die Interdikte seien aufgehoben, weil das zugrunde liegende Recht des Gemeingebrauchs „als Privatrecht" abgeschafft sei, nicht beizustimmen. Denn der Rückschluß aus der Zulassung von Privatklagen auf die Natur des geschützten Rechts ist voreilig (oben Bd. I 31 ff.); das Landesrecht kann auch öffentlichen Rechten privatrechtliche Behelfe zu Gebote stellen.

[29] So nach preuß. R.; R.Ger. I Nr. 131. Ebenso nach österr. R.; Randa § 3 Anm. 21 u. 28.

[30] O. Mayer S. 147 ff. So z. B. das Recht, einen Schienenstrang auf einen öffentlichen Weg zu legen und mit Straßeneisenbahnwagen zu befahren; einen öffentlichen Fluß zur Kettenschleppschiffahrt zu benutzen; eine Badeanstalt, ein Schöpf- oder Triebwerk anzulegen. — Verschieden davon ist die bloße Gebrauchserlaubnis, deren es zu gewissen Gebrauchsarten (z. B. Aufstellen von Droschken, Marktbuden, Zeitungskiosken, Anlegen von Schiffen) bedarf; O. Mayer S. 137 ff. Doch sind die Grenzen flüssig.

[31] O. Mayer S. 111, 152 Anm. 7, 159 Anm. 12, 160 Anm. 15.

[32] Diese Scheidung versäumen Bekker I 343 u. Regelsberger § 115. Vielfach freilich sind die Grenzen unsicher. So namentlich wegen der oft auftauchenden Zweifel, ob Hoheitsrecht oder Regal die Quelle ist; vgl. Anm. 33—34.

[33] So kraft Ersitzung; oben Anm. 14. Oder kraft vertragsmäßiger Einräumung einer dem Eigentümer vorbehaltenen Nutzung (z. B. Gras, Obst, Eis); vgl. O. Mayer S. 111. Namentlich aber kraft Einräumung einer noch heute infolge eines Regals (z. B. Fischerei-, Flößerei- oder Mühlenregals) dem Staate vorbehaltenen Nutzung. Denn die aus Regalien abgeleiteten Nutzungsrechte sind Privatrechte.

Digitized by Google

Rechtstitel aber auch hinsichtlich einer an sich im Gemeingebrauch enthaltenen Sachnutzung vorkommen[84]. Doch sind die verliehenen Gebrauchsrechte zum Unterschiede von den allgemeinen Gebrauchsrechten individuell erworbene Rechte und darum einer gröfseren Selbständigkeit fähig; sie können einen vermögensrechtlichen Inhalt haben, sind vererblich und veräufserlich und dürfen, falls nicht ihr Widerruf vorbehalten ist, nicht ohne Entschädigung aufgehoben werden[85]. Kein Vorzugsrecht im Gemeingebrauche entsteht an sich durch die besonderen Vorteile, die der Gebrauch öffentlicher Sachen, wie namentlich der Wege und Gewässer, tatsächlich den Anliegern gewährt[86].

[84] Dies erkennt auch O. Mayer S. 149 Anm. 3 an. Hierbei kommt namentlich der früher viel weitere Umfang des Regalienbegriffes in Betracht. Ferner die Wirkung der Unvordenklichkeit; oben Anm. 15.

[85] Vgl. O. Mayer S. 153 ff. Der Entschädigungsanspruch kann im Zweifel im Rechtswege geltend gemacht werden, während das Recht selbst nur des öffentlichen Rechtsschutzes teilhaftig ist. Zum Schutze gegen Dritte gewährt die gemeinrechtliche Praxis auch hier Zivilklagen; Seuff. XXII Nr. 10 u. 176, XXXVI Nr. 5.

[86] Werden daher diese Vorteile durch rechtmäfsige obrigkeitliche Veranstaltungen, wie z. B. Veränderung oder Verlegung des Weges oder des Wasserlaufes, Sperrmafsregeln usw., entzogen oder geschmälert, so ist ein Entschädigungsanspruch des Anliegers aus dem Eingriffe in sein Gebrauchsrecht nicht herzuleiten; E. Löning, Verwaltungsr. S. 573 Anm. 1; Gierke a. a. O. S. 194; Ubbelohde, Fortsetzung von Glück, Bücher 43 u. 44, IV 175 ff.; Anschütz, Der Ersatzanspruch S. 90 ff., 108 ff.; Rosenfeld S. 32 ff.; v. Blume, Das Recht der Anlieger an öffentlichen Strafsen (Festgabe f. Schirmer, Königsb. 1900, S. 103 ff.); Endemann II § 5 Anm. 9; dazu R.Ger. III Nr. 49, VI Nr. 42, LII Nr. 99, Seuff. V Nr. 134, XVII Nr. 121, XXIX Nr. 243, XXXI Nr. 41, XLIV Nr. 188, XLV Nr. 99, L Nr. 75, LI Nr. 28. Gleichwohl wird in manchen Fällen ein Entschädigungsanspruch vom Rechtsbewufstsein gebieterisch gefordert und wurde namentlich im Falle einer Wertminderung von Grundstücken durch Strafsenveränderung in der älteren gemeinrechtlichen Praxis bisweilen anerkannt (vgl. Seuff. X Nr. 166, XVIII Nr. 141, XXII Nr. 144). Das R.Ger. gewährt ihn für das preufs. und rhein. R. im Anschlufs an das Preufs. O.-Trib. (Strieth LXII 276, Entsch. LXXII 1) dem Hauseigentümer (nicht dem Eigentümer eines unbebauten Grundstücks, XXV Nr. 50) auf Grund einer angeblich durch stillschweigenden Vertrag begründeten Servitut an der Strafse (VII Nr. 63, X Nr. 76, XXXVI Nr. 68, LVI Nr. 25 u. sonst), die aber nur auf Verkehrsfreiheit und Licht (nicht auf Aussicht und sonstige Vorteile, XXIV Nr. 50) gehe und auch im übrigen durch den Vertrag begrenzt sei (XXXVII Nr. 65); besondere Vorteile aus der Neuanlage rechnet es (anders als bei der Enteignung) auf die Entschädigung an (XLIV Nr. 68). Für das gemeine Recht verwirft es die Annahme einer Servitut (III Nr. 49 S. 173 u. Seuff. XLV Nr. 99) und damit zugleich jeden Entschädigungsanspruch. Auch die österr. Praxis verneint die Servitut (Seuff. XLII Nr. 17). Dafs die Fiktion

Digitized by Google

Öffentliche Sachen im Gemeingebrauche aller Staatsgenossen sind die öffentlichen Flüsse und sonstigen öffentlichen Gewässer (Seen, Häfen, Kanäle)[37], das Meeresufer, die öffentlichen Wege, Plätze und Brücken[38], sowie mancherlei andere öffentliche Anlagen. Sie stehen nach alter deutscher Auffassung im Eigentum des Staats[39]. Mit Unrecht nehmen Viele hiervon für das gemeine Recht die öffentlichen Flüsse aus, indem sie behaupten, daſs an ihnen ein Eigentum überhaupt nicht bestehe[40]. Die Landesgesetze

---

einer Servitutenbestellung unhaltbar ist, wird in der Theorie allgemein anerkannt; vgl. bes. O. Mayer S. 120 u. 132, Anschütz a. a. O. S. 111 ff., v. Blume a. a. O. S. 105 ff. Mehrfach aber ist der Versuch gemacht, den Anliegern auf Grund des Gesetzes besondere Privatrechte an der öffentlichen Sache beizulegen; so Bekker I 343 u. 346 ff., Behring, Die Rechte an öffentlichen Wegen, 1894 S. 7 ff., Loebell b. Gruchot XLI 1 ff., jetzt auch Dernburg, B.R. III § 70. Allein das besondere Interesse am Gemeingebrauch kann dessen Natur nicht verwandeln. Anschütz a. a. O. S. 90 u. v. Blume a. a. O. S. 132 verweisen lediglich auf das Nachbarrecht, das aber keine ausreichende Hülfe gewährt. O. Mayer S. 181 ff. konstruiert einen öffentlichrechtlichen Entschädigungsanspruch. Vgl. dazu seinen Vortrag über die Entschädigungspflicht des Staats nach Billigkeitsrecht, 1904. Ähnlich Enneccerus I § 40. In der Tat wird der Grundsatz, daß für ein dem Einzelnen im Interesse der Gesamtheit auferlegtes Vermögensopfer von der Gesamtheit Ersatz zu leisten ist, auch hier Platz greifen müssen. Nur ist dabei nicht die Beeinträchtigung des Rechts auf Gemeingebrauch, das für sich kein Vermögensrecht ist, sondern die dadurch mittelbar verursachte Wertminderung des im Privateigentum stehenden Grundstücks maſsgebend und grenzbestimmend. — Einzelne Gesetze gewähren ausdrücklich in bestimmten Grenzen einen Entschädigungsanspruch; so Bad. Ges. v. 20. Febr. 1868 Art. 8, Württ. Bau-O. Art. 8, Hess. Art. 16, Braunschw. § 10.

[37] Über die Abgrenzung der öffentlichen Gewässer gegen die Privatgewässer und über die besonderen Rechtsverhältnisse an Gewässern ist im Wasserrecht zu handeln.

[38] Über die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wegen unten § 146 I.

[39] Man darf das einstmalige Volks- und spätere Königseigentum an den gemeinen Sachen weder mit Heusler I § 73 bestreiten, noch mit Schröder, Z. f. R.G. XV 62 ff. u. R.G. S. 209 ff., zum Bodenregal erweitern. Es verhält sich zum Gebrauchsrecht aller Volksgenossen, wie das Gemeindeeigentum an der Allmende zum Gebrauchsrecht der Markgenossen. Die via regia, des Königs oder des Reichs Straſse steht gerade deshalb, weil sie des Königs oder Reichs Eigentum ist, Jedermann offen; vgl. Görlitzer Landr. 34 § 1 (b. Kraut § 89 Nr. 4): jeglich vlizinde wazzir heizet des riches strasze, darumme ne suln die schif u. alliz daz in deme wazzir uf u. nider vliuzit neheinen zoln geben.

[40] So unter Berufung auf das röm. R. Wappaeus S. 76 ff., Windscheid I § 146 Anm. 11, Wächter, Pand. I 279 ff., Randa I § 3 Anm. 14 u. § 4 Anm. 6, Stobbe I § 64 Anm. 46, Regelsberger I 424; R.Ger. b. Seuff. XLVII Nr. 180, LI Nr. 6; O.A.G. Darmst. ib. XXX Nr. 114; O.L.G.

Digitized by Google

sprechen meist ausdrücklich dem Staate ein Eigentum an den öffentlichen Flüssen zu[41]. Das Staatseigentum am Meeresufer ist heute trotz der gegenteiligen Bestimmungen des römischen Rechts allgemein anerkannt[42]. An den übrigen öffentlichen Sachen dieser Gattung wird das Staatseigentum kaum noch bestritten[43]. Doch ist der Staat nur im Zweifel, nicht notwendig Eigentümer; möglich ist auch Eigentum einer Gemeinde[44] oder einer Privatperson[45]. Immer aber besteht das Eigentum an diesen Sachen mit Vorbehalt

---

Braunschw. ib. XXXV Nr. 186. Doch liegt kein Grund vor, das früher allgemein angenommene Staatseigentum aufzugeben; Dernburg, Pand. I § 73 Anm. 4; Hirsekorn a. a. O. S. 59; Rosenfeld a. a. O. S. 8 ff.; für Eigentumsfähigkeit auch R.Ger. LIII Nr. 26. Das röm. R. entscheidet hier nicht; Hegelmaier a. a. O. S. 56.

[41] Preuß. A. L.R. II, 14 § 2: „ein gemeines Eigentum des Staats". Durchaus unberechtigt ist der Versuch des Reichsgerichts, dieses Eigentum der Natur eines wirklichen Eigentums zu entkleiden und den Fluß zur res nullius zu machen; R.Ger. III Nr. 65, IV Nr. 71 u. XXXV Nr. 61; ähnlich schon O.Trib. b. Strieth LXXXVII 320. Das „gemeine Eigentum" führt diesen Namen, weil es zum Dienste der Gesamtheit bestimmt ist, hört aber darum nicht auf, Eigentum zu sein. Vgl. Dernburg, Preuß. P.R. I § 251; O. Mayer S. 67. Österr. Gb. § 287 u. dazu Randa I 47 u. 81 ff. Anhalt-Dessau- u. Cöthensche V. v. 28. Okt. 1848 § 1. Bayr. Wasserges. v. 18. Mai 1852 Art. 1. Hess. Wasserges. v. 14. Juni 1887 Art. 78. Für das französ. R. R.Ger. II Nr. 92 (während an Privatflüssen hier jedes Eigentum verneint wird, R.Ger. XII Nr. 89, XXX Nr. 90, LIII Nr. 13 S. 45).

[42] Preuß. L.R. II, 14 § 21, II, 15 § 80, R.Ger. I Nr. 131; Österr. Gb. § 287; Code civ. Art. 538; Stobbe II § 149 Anm. 40; Dernburg, Pand. I 164; Regelsberger I § 108 a. E.; Stoerk in Holtzendorffs Handb. des Völkerr. II 409 ff.

[43] Oben Anm. 12; Preuß. L.R. II, 14 § 21, II, 15 § 2 ff.; Österr. Gb. § 287.

[44] Sehr häufig steht das Eigentum an öffentlichen Plätzen, Straßen und Wegen der Ortsgemeinde zu. Das Bad. A.G. zum B.G.B. Art. 12 stellt eine allgemeine Vermutung für das Eigentum derjenigen juristischen Person des öffentlichen Rechts, der die Unterhaltungspflicht obliegt, auf. In Preußen ist das Eigentum an den ehemaligen Staatschausseen durch Ges. v. 8. Juli 1875 § 18 auf die Provinzialverbände übertragen. Auch öffentliche Gewässer in kommunalem Eigentum kommen vor. Städtisches Eigentum am Meeresufer anerkannt b. Seuff. XXXVIII Nr. 362, LV Nr. 194. In allen solchen Fällen darf die Gemeinde nicht den Gebrauch auf die Gemeindeangehörigen einschränken; O. Mayer S. 125 Anm. 20. — Vgl. auch Randa I 42 ff.

[45] Häufig begegnet Eigentum einer Privatperson an öffentlichen Wegen, dem Bürgersteig, dem Leinpfad, auch an öffentlichen Sielen; Seuff. XXIX Nr. 15, XXXVII Nr. 7, R.Ger. VII Nr. 39, XXXIII Nr. 52; O. Mayer S. 167 ff. Anm. 3, 4 u. 6. Auch an einem öffentlichen Flusse kommt es vor, da an einem durch Schiffbarmachung öffentlich gewordenen Flusse das bisherige Eigentum fortbesteht; preuß. L.R. II, 15 § 41, Entsch. des O.Trib. LXX 60, R.Ger. XLV

Digitized by Google

des allgemeinen Gebrauches, zu dessen Sicherung und Regelung der Staat kraft seines Hoheitsrechts in gleicher Weise berufen ist, mag nun das Eigentum ihm selbst oder einer anderen Person gebühren[46]. Im älteren deutschen Rechte kam das staatliche Hoheitsrecht meist in Gestalt besonderer Regalien zum Durchbruch, die hier wie sonst um ihrer nutzbaren Seite willen vermögensrechtlich aufgefafst und so zugleich mit privatrechtlichem Inhalte erfüllt wurden[47]. So wurde der Gemeingebrauch an den öffentlichen Sachen in erheblichem Umfange durch ein dem Staate vorbehaltenes ausschliefsliches Gebrauchsrecht, an dem die Einzelnen nur auf Grund und nach dem Mafse staatlicher Verleihung Teil hatten, verdrängt. Insoweit solche Regalien noch in Kraft sind, erscheint auch heute die staatliche Regalherrlichkeit neben Hoheit und Eigentum als eine dritte eigenartige Berechtigung und jedes aus ihr abgeleitete Nutzungsrecht als ein den Gemeingebrauch einengendes besonderes Privatrecht[48].

Öffentliche Sachen in kommunalem Gemeingebrauch sind die ausschliefslich oder doch zunächst für den Gebrauch der Angehörigen eines Gemeindeverbandes bestimmten Gewässer, Wege, Plätze und Anlagen. Das ältere deutsche Recht betrachtete sie als Bestandteile der Allmende und regelte ihren Gebrauch im Zusammenhange des Allmendrechts[49]. Auch heute stehen sie im Zweifel im Eigentum der Gemeinde[50]. Das Recht auf ihren Mitgebrauch aber ist heute von den Nutzungsrechten an der Allmende, bei denen in irgend einem Mafse sonderrechtliche Verhältnisse anerkannt sind[51], scharf zu unterscheiden: es fliefst unmittelbar

---

Nr. 48. Sogar Privateigentum am Meeresufer findet sich; Stobbe II § 149 Anm. 40. Vgl. Dernburg, Preufs. P.R. I § 67 Anm. 12, Randa I 46, Bekker I 244, Stobbe I 602, O. Mayer S. 166 ff. u. 172 ff.

[46] R.Ger. III Nr. 66. Vor diesem Hoheitsrecht tritt das Eigentum auch der Gemeinde zurück; R.Ger. XXX Nr. 72. Handelt es sich jedoch um die Verleihung aufserordentlicher Nutzungsrechte, zu deren Ausübung ein Eingriff in den Sachkörper selbst durch Herstellung einer ihn dauernd verändernden Anlage erforderlich ist, so ist die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Somit bedarf es z. B. der Zustimmung der Stadtgemeinde, wenn einer Strafsenbahngesellschaft das Recht verliehen werden soll, Schienengeleise auf eine städtische Strafse zu legen. Entsch. des preufs. O.V.G. X 129 ff., bes. 200 ff.; O. Mayer S. 150 Anm. 4.

[47] Heusler, Inst. I § 74. Näheres unten § 124.

[48] Vgl. oben Anm. 33.

[49] Vgl. oben Bd. I 579 u. 604 Anm. 8; O. Mayer S. 61.

[50] R.Ger. XXII Nr. 60 S. 304 ff.

[51] Dafs hierzu regelmäfsig auch die sog. „bürgerlichen Nutzungen" ge-

Digitized by Google

aus der Gemeindemitgliedschaft und ist rein öffentlichrechtlicher Natur[52].

Öffenliche Sachen in kirchlichem Gemeingebrauch sind die für den Gebrauch der Mitglieder einer Kirchengemeinschaft bestimmten Kirchengebäude und Kirchhöfe[53]. Auch sie sind heute gleich allen für religiöse Zwecke bestimmten Sachen weder herrenlos noch verkehrsunfähig[54]. Vielmehr befinden sie sich regelmäfsig im Eigentum einer kirchlichen Verbandsperson[55], oft aber auch im Eigentum des Staates, der Ortsgemeinde oder einer Privatperson[56], unterliegen vorbehaltlich der durch ihre Zweckgebundenheit ge-

---

hören, während freilich die echten bürgerlichen Nutzungen blofsen Gemeingebrauchsrechten gleichstehen, ist oben Bd. I 607 ff. gezeigt worden.

[52] Ähnlich verhält es sich bei den für den Gemeingebrauch der Mitglieder einer anderen öffentlichen Körperschaft, z. B. einer Deich- oder Sielacht, einer Wassergenossenschaft, einer Waldgenossenschaft, bestimmten öffentlichen Sachen.

[53] Sie bilden eine Unterart der nach Kirchenrecht „geheiligten" Sachen, zu denen auch Sachen in engerem Kirchengebrauche gehören. Für das Privatrecht ist ihre (nach kathol. und protest. Kirchenr. ungleich begründete und behandelte) Heiligkeit heute als solche bedeutungslos. Das Privatrecht mufs aber, weil und soweit die Kirchen öffentlichrechtliche Verbände sind, die kirchliche Gebrauchsbestimmung der heiligen Sachen als öffentliche Zweckgebundenheit achten und kann daher diese Sachen nur insoweit ergreifen, als ihre kirchliche Gebrauchsbestimmung hierfür Raum läfst. Vgl. Preufs. A. L.R. II, 11 § 173—174, 179—181, 192.

[54] Der römische Begriff der res divini juris (vgl. Pernice, Labeo I 255 ff., Mommsen, Röm. Staatsr. II 57 ff., Gierke, Gen.R. III 63 ff., Meurer, Der Begriff u. Eigenthümer der heiligen Sachen, Düsseldorf 1885, I 155 ff. u. 257 ff.), im Justinian. Recht schon abgeschwächt und im kanonischen Recht überwunden, ist heute vollkommen unpraktisch. Vgl. über das geltende Recht Wappaeus a. a. O. S. 49 ff., Meurer a. a. O. I 207 ff., II 3 ff., Hinschius, Kirchenr. IV 162 ff. u. 306 ff., Friedberg, Kirchenr. § 176—177, Roth, D.P.R. I § 79 II 1, Stobbe I § 64 I 2, Wächter, Pand. I 276, Bekker I § 77 Beil. II, Regelsberger I § 109, Dernburg, Preufs. P.R. I § 67 Anm. 7—8, Randa a. a. O. I 51 ff., Rehbein I 75, Endemann, B.R. II § 4 Z. 4.

[55] Eine Vermutung für kirchliches Eigentum stellt das Preufs. A. L.R. II, 11 § 170, 179, 183 u. 191 auf; vgl. R.Ger. XXVII Nr. 63. Gegen eine derartige Vermutung erklärt sich Meurer I 254 ff., II 25 ff.

[56] Meurer II 3 ff., 18 ff., 43 ff.; Th. A. Müller, Privateigenthum an katholischen Kirchengebäuden, Heidelberg 1883; Hinschius IV 171 ff.; R.Ger. b. Seuff. XXXVII Nr. 131, C.S. XLII Nr. 13. So findet sich häufig Staatseigentum an Garnison- und Gefängniskirchen, Privateigentum an Schlofs- und Hauskapellen, im Gebiet des französ. R. Eigentum der bürgerlichen Gemeinde an den Kirchengebäuden (für Preufsen durch Ges. v. 14. März 1880 § 2 auf die Kirchengemeinden zurückübertragen). Ferner Eigentum der Ortsgemeinde an Friedhöfen; Preufs. L.R. II, 11 § 190; über das französ. R. Meurer II 408 ff., Preufs. Ges. v. 14. März 1880 § 3, R.Ger. XIV Nr. 30.

Digitized by Google

setzten Schranken dem Privatrechtsverkehr[57] und sind der Belastung mit besonderen Privatrechten zugänglich[58]. Als eigenartige, mitgliedschaftliche Sonderrechte, die mit der Kirchenangehörigkeit verknüpft und kirchenverfassungsmäfsig gebunden sind, jedoch ein Privatrecht auf einen bevorzugten Gebrauch einschliefsen, begegnen in Deutschland bei Kirchengebäuden Rechte auf einen bestimmten Kirchensitz (Kirchstuhlsrechte)[59] und bei Kirchhöfen Rechte auf

[57] R.Ger. VII Nr. 43; Preufs. L.R. II, 11 § 180—181. Die Veräufserung ist nicht nur im Falle der Aufhebung der kirchlichen Zweckbestimmung, sondern auch unter Vorbehalt des kirchlichen Gebrauchs möglich. Somit kann an ihnen auch Eigentum ersessen werden, was das R.Ger. XXVII Nr. 68 mit Unrecht für Kirchhöfe verneint; vgl. Hinschius IV 169. Dagegen sind sie der Pfändung entzogen; Hinschius IV 173 Anm. 1 u. S. 175 Anm. 1.

[58] Auch Servituten können an ihnen bestellt oder ersessen werden; Hinschius IV 169 Anm. 3, 173 Anm. 1, 175 Anm. 1. Jedoch nur, wenn sie mit der kirchlichen Gebrauchsbestimmung vereinbar sind, was für Wegerechte über Kirchhöfe vom O.A.G. Jena b. Seuff. VI Nr. 181 bejaht, dagegen vom O.Trib. Berlin Entsch. LXVI 200 und vom R.Ger. b. Gruchot XXXIII 107 verneint ist. Über Rechte auf Nutzung von Gras und Bäumen an Kirchhöfen vgl. Meurer II 39 ff.

[59] Vgl. Glück, Komm. II 438 ff., Hinschius IV 341 ff., Stobbe I 598, Bekker I § 77 Beil. II, Regelsberger I § 109 II 5 a; Preufs. L.R. II, 11 § 676 ff.; französ. R. b. Hinschius a. a. O. S. 350 ff. Anm. 1. Die Kirchenstuhlsrechte sind Mitgliedschaftsrechte und richten sich als solche gegen die Kirchengemeinschaft selbst (R.Ger. XXIV Nr. 34). Sie sind daher nicht, wie meist gelehrt wird, reine Privatrechte und gewähren nicht blofs kein Eigentum an der Stelle (das in den §§ 681—683 des Preufs. L.R. II, 11 anerkannte „Eigentum“ ist nur Eigentum an der Gerechtigkeit, vgl. Meurer II 32), sondern auch kein selbständiges dingliches Recht (also keine eigentliche „Servitut“, wie Randa I 52 Anm. 36 meint). Allein sie sind mitgliedschaftliche Sonderrechte (Gierke, Genossenschaftsth. S. 197) und als solche in ihrem sonderrechtlichen Bestandteile Privatrechte (oben Bd. I 536; a. M. Hinschius IV 344 u. 347, O. Mayer S. 152). Darum werden sie innerhalb der vom Kirchenrecht gezogenen Schranken durch Rechtsgeschäft oder Ersitzung erworben (Seuff. XI Nr. 272, XXXVI Nr. 103, XXXVII Nr. 34, Hinschius a. a. O. S. 345 ff.), können nach Mafsgabe ihres individualrechtlichen Titels als Realrechte mit einem Grundstücke verbunden sein (Seuff. XXXVII Nr. 132, R.Ger. XXIV Nr. 34) oder einem Amte anhängen oder beschränkt oder unbeschränkt vererblich und veräufserlich sein (Hinschius a. a. O. S. 345, Preufs. L.R. II, 11 § 681—685, Huber IV 691 Anm. 36) und enthalten in objektiver Hinsicht entweder ein dingliches Gebrauchsrecht am Kirchengebäude oder doch ein Forderungsrecht auf Gebrauchseinräumung (R.Ger. XVI Nr. 36 S. 160, Hinschius a. a. O. S. 346, oben Bd. I S. 539 u. 541). Immer ist ihre Ausübung durch Kirchenangehörigkeit bedingt und kirchenverfassungsmäfsiger Regelung unterworfen (Seuff. XXXVII Nr. 132, R.Ger. XVI Nr. 36, XXIV Nr. 34, Hinschius a. a. O. S. 347 ff.). Im übrigen aber geniefsen sie Privatrechtsschutz (Seuff. VI Nr. 240, XI Nr. 272, R.Ger. VII Nr. 43). Bei

Digitized by Google

eine bestimmte Grabstelle (Erbbegräbnisse und andere Begräbnisrechte)[60]. Dagegen ist das unmittelbar aus der Kirchenangehörigkeit fliefsende Recht auf den Mitgebrauch von Kirchengebäuden und Kirchhöfen reines Mitgliedschaftsrecht und somit durchaus öffentlichrechtlicher Natur[61].

Manche öffentliche, aber auch viele für den Privatgebrauch bestimmte Sachen unterstellte das deutsche Recht als befriedete Sachen einem erhöhten Rechtsschutze[62]. Der Begriff der befriedeten Sachen gehört auch dem heutigen Rechte an, hat aber nur strafrechtliche Bedeutung.

II. Verkehrsunfähige Sachen. Die öffentlichen Sachen sind, wie sich gezeigt hat, dem Rechtsverkehre insoweit entzogen, als ihn ihre öffentlichrechtliche Zweckgebundenheit ausschliefst.

---

ungerechtfertigter Entziehung kann gegen den kirchlichen Verband selbst zwar nicht auf Wiedereinräumung des Gebrauchsrechtes, wohl aber auf Entschädigung geklagt werden (R.Ger. XVI Nr. 36, XXIV Nr. 34; O. Mayer S. 159 Anm. 12, S. 160 Anm. 15; a. M. Hinschius a. a. O. S. 348). — Das B.G.B. greift nicht ein; E.G. Art. 133.

[60] Glück, Komm. XI 399 ff., Meurer II 30 ff., Stobbe I 598, Regelsberger I § 109 II 5 b; Preufs. L.R. II, 11 § 185 u. 461. Auch diese Rechte sind mitgliedschaftliche Sonderrechte (Gierke, Genossenschaftsth. S. 197). Sie werden durch Rechtsgeschäft oder Ersitzung erworben (Entsch. des Preufs. O.Trib. LXI 233, Gruchot XXVI 1022). Je nach ihrem Erwerbstitel sind sie Realrechte oder subjektiv persönliche Rechte der Angehörigen einer bestimmten Familie oder vererbliche und selbst veräufserliche Rechte (Seuff. XLII Nr. 2). Sie gewähren kein Eigentum an der Grabstelle (Meurer II 31 ff.), wohl aber der Regel nach ein dingliches Recht am Kirchhofe (R.Ger. VIII Nr. 52, Stobbe I 598 Anm. 7, Meurer II 34 ff., Dernburg, Preufs. P.R. I 713 Anm. 2), möglicherweise jedoch blofs ein Forderungsrecht gegen den Kirchhofseigentümer. In ihrer Ausübung sind sie öffentlichrechtlich bedingt und gebunden. Im übrigen geniefsen sie Privatrechtsschutz (Seuff. IV Nr. 251, XXXI Nr. 180, XXXII Nr. 7, XXXIX Nr. 120). — Das Recht an einer Grabstelle gewährt auch die Befugnis zur Ausstattung des Grabes mit Schmuck, Gitter, Denkmal usw. und zur Verfügung über diese Ausstattung (R.Ger. VIII Nr. 52); dagegen geht das Eigentum an ihr regelmäfsig auf den Kirchhofseigentümer über (Meurer II 36 ff.; a. M. Bekker I 333). — Das B.G.B. greift auch hier nicht ein; E.G. Art. 133.

[61] Über das Recht zum Besuche des Gotteshauses vgl. Hinschius IV 340 ff.; gegen die Annahme des R.Ger. XII Nr. 69, dafs der Anspruch auf Einräumung eines ehrlichen Begräbnisses für Familienangehörige ein Privatrecht sei, vgl. Gierke a. a. O. S. 197 Anm. 3.

[62] So z. B. aufser den geheiligten Sachen, den öffentlichen Gebäuden, den Deichen usw. die Wohnhäuser, Ackergerät auf dem Felde, Mühlen, Grenzsteine usw., neuerdings Eisenbahnen, Telegraphenanlagen usw.; vgl. Eichhorn, D.P.R. § 155, Mittermaier I § 142, Maurenbrecher I § 188, Beseler § 75 III; Huber IV 691.

Digitized by Google

In zahlreichen Fällen wird ferner die Verkehrsfähigkeit gewisser Sachen dadurch eingeschränkt, dafs ein Satz des öffentlichen Rechts allen oder doch allen nicht besonders ermächtigten Privatpersonen verbietet, sie zu erwerben, zu besitzen oder in Verkehr zu bringen[63]. Auch können durch dinglich wirksame, gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Veräufserungsverbote Sachen in bestimmtem Umfange aufser Verkehr gesetzt werden[64]. Immer aber sind alle diese Sachen heute nicht gleich den römischen res extra commercium grundsätzlich dem Privatsachenrecht entzogen, sondern nur in der Verkehrsfähigkeit beschränkt.

Verkehrsunfähig dagegen, weil überhaupt keine Sache, ist der menschliche Körper[65]. Wie er bei Lebzeiten des Menschen als Bestandteil der Persönlichkeit zwar einen Gegenstand des Rechtes an der eigenen Person, jedoch keinen Gegenstand des Sachenrechts bildet[66], so wird er auch durch den Tod nicht dem

[63] Vgl. über solche „verbotenen“ Sachen (z. B. verbotene Waffen oder Bücher, Gifte, Sprengstoffe, staatliche Monturstücke, verfälschte oder verdorbene Nahrungsmittel, verseuchtes Vieh, ausländische Lotterielose, ungestempelte Spielkarten, falsche Münzen, Nachdrucksexemplare usw.) Wächter, Württ. P.R. II 281 u. Pand. I 274, Wappaeus S. 47, Goldschmidt, H.R. (2. Aufl.) II 2 ff., Stobbe I 603, Regelsberger I § 111, Randa a. a. O. I 40 u. 52, Krainz I § 87, Zachariae I § 109 (176), Huber III 17, Rehbein I 76. Unrichtig meint Windscheid I § 147 Anm. 6, an solchen Sachen sei, wie an römischen res sacrae und religiosae, ein Privatrecht überhaupt unmöglich; vgl. dagegen den Zusatz von Kipp a. a. O. u. Beseler § 75 Anm. 8. Vielmehr stehen sie im Eigentum und sind an sich privatrechtlicher Verfügung zugänglich; das Privatrecht an ihnen wird aber durch das öffentliche Recht in oft sehr enge Schranken gebannt.

[64] Bekker I § 79; Zachariae I § 110 (176). Hier ist jedoch die besondere rechtliche Eigenschaft der gebundenen Sache (z. B. als Lehen, Stammgut, Familienfideikommiß usw.) nicht Grund, sondern Folge einer eigentümlichen Gestaltung der an ihnen bestehenden subjektiven Rechtsverhältnisse. — Gemeinrechtlich ist ein dinglich wirksames rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot ausgeschlossen; B.G.B. § 137.

[65] K. E. Cramer, Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Civil- und Strafrecht, Zürich 1885; A. Kramer, Über das Recht in Bezug auf den menschlichen Körper, Berlin 1887; Gareis, Das Recht am menschlichen Körper (Festgabe für Schirmer, Königsb. 1900, S. 58 ff.); Kohler, Studien aus dem Strafrecht I, Mannheim 1890, S. 206 ff.; Wappaeus S. 17 ff., 47 ff.; Stobbe I 604; Dernburg, Pand. I § 69, B.R. III § 1 Z. 5; Regelsberger I § 110; Windscheid-Kipp § 147 Anm. 6; Kuhlenbeck II 408 ff.; Rausnitz im Recht, Jahrg. 1903, S. 593 ff.

[66] Vgl. oben Bd. I 709. — Abgetrennte Körperteile (Haare, Gliedmafsen) werden Sachen und fallen in das Eigentum ihres bisherigen Trägers; Hölder zu § 90 S. 206, Hellmann, Vorträge S. 33 ff., Dernburg a. a. O.; a. M.

Digitized by Google

Sachenrechte unterworfen, sondern bleibt als Rückstand der Persönlichkeit das Objekt eines nunmehr den Hinterbliebenen zustehenden Persönlichkeitsrechtes[67]. Aus dem Persönlichkeitsrechte fliefst und nach ihm bemifst sich die Verfügungsmacht des Lebenden über den eigenen künftigen Leichnam und der Angehörigen über den Leichnam des Verstorbenen[68]. Jede Veräufserung des Leichnams aber ist, weil es an einem verkehrsfähigen Gegenstande fehlt, rechtlich unwirksam[69]. Die Verkehrsunfähigkeit des Leichnams ergreift die ihm ins Grab mitgegebenen Sachen[70]. Zu verkehrsfähigen Sachen aber werden die aus Leichen hergestellten Skelette und Präparate[71].

Gareis a. a. O. S. 90 ff., der eine herrenlose Sache annimmt, daran aber dem Körperherrn ein ausschliefsliches Aneignungsrecht (als Nachwirkung des Persönlichkeitsrechts) beilegt. Eine Vorausverfügung über die künftige Sache ist möglich; niemals aber kann daraus, wie Gareis S. 89 ff. meint, ein Recht auf Abtrennung (z. B. von Haaren) entstehen. Künstliche Gliedmafsen und andere Ersatzstücke bleiben, wenn sie auch regelmäfsig unpfändbar sind (C.Pr.O. § 811 Z. 12), Sachen; Gareis S. 63; Kipp a. a. O.; a. M. Dernburg, Pand. § 69 Anm. 3, B.R. III 4.

[67] Goldschmidt a. a. O. Anm. 3d, Kramer a. a. O. S. 44 ff., Kohler a. a. O. S. 206, Regelsberger § 110 II, Kipp a. a. O., Kuhlenbeck II 408, Rausnitz a. a. O. Dies gilt bei Feuerbestattung auch für die Aschenreste; R.Ger. bei Seuff. LIX nr. 176. Dagegen halten Dernburg a. a. O., Bekker I § 77 Beil. I B, Cosack I § 47, Hölder a. a. O., Gareis S. 65 ff., Landsberg, B.R. S. 129 u. 140, den Leichnam für eine Sache; Bekker nimmt Eigentum der Erben, Gareis S. 92 ff. Herrenlosigkeit an.

[68] Sie erstreckt sich innerhalb der durch das öffentliche Recht und die Sitten gezogenen Schranken auf Art, Ort und Zeit der Bestattung, Vornahme einer Sektion usw.; Kohler a. a. O. S. 207. Die Verfügungsmacht kann auch durch den Verstorbenen letztwillig einer bestimmten Person, z. B. dem Testamentsvollstrecker, eingeräumt sein.

[69] Mithin entsteht weder aus einem Vermächtnis des eignen Leichnams noch aus einem Vertrage mit den Angehörigen ein klagbarer Anspruch auf Herausgabe des Leichnams; andererseits kann, wenn der Leichnam infolge zulässiger Verfügung (oben Anm. 68) der Anatomie oder sonst Jemandem zu erlaubtem Gebrauch überlassen ist, von den Angehörigen nicht auf Herausgabe geklagt werden; Wappaeus S. 48 ff., Stobbe I 604, auch Wächter, Pand. I 276, Kohler I 223, Kuhlenbeck II 409 ff. Unrichtig Dernburg a. a. O., Bekker I 331, Regelsberger I 414, Cosack a. a. O., Hölder a. a. O., Gareis S. 94, die nur unter dem Gesichtspunkte des Verstofses wider die guten Sitten die Veräufserung des Leichnams in bestimmten Fällen, bei deren Abgrenzung sie auseinandergehen, für nichtig halten.

[70] Wächter, Württ. P.R. II 285, Stobbe a. a. O. Anm. 23, Regelsberger I 414. Ebenso die mit den Aschenresten verbundene Urne; R.Ger. bei Seuff. LIX Nr. 176. Dagegen nimmt Bekker I 331 Fortbestand des Eigentums an.

[71] Wappaeus S. 49, Stobbe a. a. O. Anm. 26, Kohler I 223 (der

Digitized by Google

Auch endet die Verkehrsunfähigkeit der Leichen und ihrer Beigaben mit dem Ablaufe eines längeren Zeitraumes[72].

III. Herrenlose Sachen. Herrenlos sind Sachen, an denen keinerlei sachenrechtliche Herrschaft besteht[73].

1. Zu ihnen gehören die Naturkörper, an denen ein Privatrecht überhaupt nicht als möglich anerkannt ist, die daher als rechtsunfähige Sachen bezeichnet werden, in Wahrheit aber Sachen im Rechtssinne gar nicht sind[74]. Gleich den Gestirnen oder den Wolken sind solche der privatrechtlichen Beherrschung unzugängliche Gegenstände das offene Meer[75], die freie Luft[76] und das fliefsende Wasser als solches[77]. Allerdings findet an ihnen ein allgemeiner menschlicher Gebrauch statt, um dessen willen sie

---

aber auch die Leiche als Ganzes mit dem legitimen Übergange an die Anatomie zur verkehrsfähigen Sache werden läfst), Gareis S. 44 ff.

[72] Dafs Mumien und Gräberfunde verkehrsfähige Sachen sind, steht aufser Zweifel. Der Grund liegt in der beschränkten Dauer des Persönlichkeitsrechtes der Angehörigen, das mit der Verwischung des Individualitätsrestes erlischt. Vgl. auch Kohler I 220 ff., Rausnitz a. a. O.

[73] Wo an gewissen Sachen kein Eigentum, wohl aber begrenztes dingliches Recht anerkannt wird (oben Anm. 12, 14 u. 41), gibt es eine Herrenlosigkeit in beschränkterem Sinne. Vgl. auch unten § 127 a. E., § 131 Anm. 29, § 142 a. E.

[74] Oben Bd. I 270. — Keine Sache ist auch, wie eben gezeigt wurde, der menschliche Körper; er ist jedoch nicht dem Privatrecht überhaupt, sondern nur dem Sachenrecht unzugänglich; als Gegenstand eines Persönlichkeitsrechtes ist er Rechtsobjekt.

[75] Stoerk in Holtzendorffs Handb. des Völkerr. II 483 ff.; Heffter-Geffcken, Völkerr. § 73 ff. — Auch an den Küstenwässern und geschlossenen Meeresteilen besteht zwar ein Staatshoheitsrecht, aber kein Eigentum; Stoerk a. a. O. S. 460 ff. u. 510 ff., P. Heilborn, Das System des Völkerrechts, Berlin 1896, S. 36 ff. Hier sind jedoch Ausnahmen möglich; vgl. Seuff. XXXVIII Nr. 362 (oben Bd. I 37 Anm. 5).

[76] Vgl. Vridankes Bescheidenheit (ed. W. Grimm, Göttingen 1834) S. 75: Die fürsten twingent mit gewalt — velt stein, wasser unde walt, — darzuo beide wilt und zam; — sie teten luft gern allesam; — der muoz uns doch gemeine sin; — möchten sie uns den sunnenschin — verbieten, auch wind und regen, — man müfst in zins mit golde wegen. Hier und da wurde freilich, was Freidank für unmöglich hielt, gleichwohl (behufs Konstruktion eines Windmühlenregals) versucht; vgl. Graf u. Dietherr III Nr. 369: „der Wind gehört der Herrschaft“.

[77] Allerdings ergreift das Eigentum an öffentlichen wie privaten Flüssen und Bächen auch den jeweilig vom fliefsenden Wasser ausgefüllten Raum und ermöglicht sowohl Verbote der Wassernutzung, wie die Ausbildung besonderer Wassernutzungsrechte. Man darf aber deshalb nicht mit Roth, Bayr. C.R. III 142 u. Deut. P.R. I § 432, die Herrenlosigkeit des fliefsenden Wassers selbst für das heutige Recht leugnen. Jedenfalls ist verbotene Aneignung von

Digitized by Google

auch „res communes omnium“ oder „allgemeine Sachen“ heifsen[78]. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um die Ausübung irgend eines besonderen Rechtes[79]. Werden aber Teile solcher Naturgegenstände dergestalt ausgeschieden und gefesselt, dafs sie sich menschlicher Willensherrschaft fügen, so treten sie als Sachen ins Eigentum[80].

2. Herrenlos sind auch an sich rechtsfähige Sachen, die zur Zeit keiner sachenrechtlichen Herrschaft unterliegen, mag nun an ihnen, wie an wilden Tieren und dem Auswurfe des Meeres, ein Eigentum noch niemals bestanden haben oder, wie am Schatze und an derelinquierten Sachen, ein früher begründetes Eigentum untergegangen sein. Diese Herrenlosigkeit wird durch ein an solchen Sachen bestehendes ausschliefsliches Aneignungsrecht nicht beseitigt. Bisweilen ist jedoch im Zusammenhange mit dem Bestreben, den Begriff der herrenlosen Sachen für die Ausbildung von Regalien zu verwerten, an allen oder gewissen herrenlosen Sachen dem Staate nicht blofs der Eigentumserwerb vorbehalten, sondern geradezu das Eigentum beigelegt[81].

§ 103. Einzelsachen[1].

I. Körperliche Einzelsachen. Gegenstände des Sachenrechts sind in erster Linie die körperlichen Sachindividuen (oben

---

fließendem Wasser kein Diebstahl. Auch nicht, wenn es zu Eis erstarrt ist; Dernburg, Pand. I § 69 Anm. 12, Preufs. P.R. I § 67 Anm. 2.

[78] Unger I 363 ff., Regelsberger I § 108, Krainz I § 85, Zachariae I § 107 (174), Huber III 11 ff.; Code civ. Art. 714, Zürch. Gb. § 60 (485) litt. a, Schaffhaus. Gb. § 427 litt. a. — Über den römischen Begriff vgl. Pernice, Die sog. res communes omnium (Festgabe f. Dernburg, Berlin 1900, S. 125 ff.).

[79] Vgl. Stoerk a. a. O. S. 484, Jellinek a. a. O. S. 71 ff. — Soweit sich das Staatshoheitsrecht erstreckt, sind staatliche Einschränkungen des allgemeinen Gebrauchs (z. B. hinsichtlich des Gebrauchs der Küstenwasser) möglich.

[80] So das in Gefäßen, Teichen oder Wasserleitungen (R.Ger. in Str.S. XV 121 ff.) gesammelte Wasser, das gewonnene Eis, das gefesselte Gas, auch Anlagen im Meere nebst dem besetzten Boden (Windscheid I § 146 Anm. 3, Dernburg, Pand. I § 69 Anm. 13—14, Regelsberger I 407).

[81] So im Code civ. Art. 539 u. 713 und in mehreren schweizer. Gb., Huber III 15 ff. Vgl. auch Maurenbrecher I § 189. Dagegen schreibt das Preufs. L.R. II, 16 § 1—7 dem Staate nur ein „vorzügliches Recht zum Besitze zu“ (vgl. indes hinsichtlich des Bernsteins oben Bd. I 716 Anm. 45). Mit dem gemeinen Recht übereinstimmend Zürch. Gb. § 62 (487), Schaffh. Gb. § 429. — Näheres unten §§ 124, 127 I, 132.

[1] Vgl. Unger I § 51; Dernburg, Pand. I § 76; Bekker I § 72; Regelsberger I § 51, 101; Windscheid-Kipp I § 138, 142; Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht, Halle 1902, S. 331 ff. — Über das Recht des

Digitized by Google

Bd. I. S. 274). Jedes Sachindividuum erscheint vermöge seiner rechtlichen Abgrenzung als eine Einzelsache, deren Bestandteile auch dann, wenn an ihnen besondere Rechte möglich sind, nicht als Sachen für sich, sondern nur als Sachteile gelten[2]. Solche Einzelsachen sind vor allem die als „Grundstücke" ausgeschiedenen Bodenteile, deren Sacheinheit das Erzeugnis der geschichtlichen Bodengliederung ist, mehr und mehr aber durch grundbuchmäfsige Feststellung eine formalrechtliche Prägung empfangen hat. Heute wird, während das bisherige Recht die Möglichkeit eröffnete, innerhalb einer liegenschaftlichen Bucheinheit ein tatsächlich selbständiges Stück als besondere Sache zu behandeln, der Begriff des Grundstücks lediglich durch die Buchung bestimmt, so dafs durch buchmäfsige Vereinigung auch räumlich und wirtschaftlich getrennte Höfe in blofse Grundstücksteile verwandelt werden[3]. Einzelsachen sind ferner die als „bewegliche Sachen" individualisierten körperlichen Gegenstände, mögen sie nun (wie Tiere oder Edelsteine) durch die Natur oder (wie Geräte, Maschinen, Fahrzeuge, Kleider) durch menschliche Formgebung oder (wie Flüssigkeits-, Gas- oder Körnermengen) durch verkehrsmäfsige Sonderung abgegrenzt sein. Keine Sachen daher, sondern blofse Sachteile sind bei zusammengesetzten Sachen die noch so selbständigen Stücke, ebenso aber bei Mengesachen, auch wenn sie aus festen Körpern ohne physischen Zusammenhang bestehen, die einzelnen Sachkörper[4].

II. Körperliche Sachteile. Neben den Einzelsachen

B.G.B. Eck, Vorträge § 24; Hellmann S. 35 ff.; Cosack I § 41; Endemann I § 32, II § 6; Dernburg III § 5; Enneccerus I § 48; Crome I § 59; Rehbein I 81 ff.; Leonhard, Allg; T. § 48; Komm. von Planck, Riezler (bei Staudinger), Hölder zu § 93—96.

[2] Unrichtig erklärt Hölder, Bem. 3 zu § 93, solche Bestandteile für besondere Sachen und ihren Inbegriff für eine „Gesamtsache".

[3] Denn ein Grundstück kann nicht mehr, wie bisher, Zubehörsache sein; unten § 105 V 1. — Bei nicht gebuchten Grundstücken entscheidet über die Sacheinheit auch heute die historische Individualität.

[4] So sind Getreide-, Pulver-, Salz- oder Sandkörner, Grashalme, Streichhölzer und andere kleine Körper, die niemals vereinzelt ein Rechtsobjekt bilden, keine Sachen für sich und ihre Mengeeinheiten keine Gesamtsachen; Bekker I 296. Hiernach ist auch der gewöhnlich zu den Gesamtsachen gerechnete Bienenschwarm vielmehr eine Einzelsache, da Rechtsverhältnisse an einzelnen Bienen schwerlich vorkommen. Doch sind die Grenzen flüssig. Der zu einem Paar gehörige Stiefel oder Handschuh, die einzelne Spielkarte oder Schachfigur, das lose Blatt eines Manuskripts kommt regelmäfsig nur als Sachteil in Betracht, kann aber doch unter Umständen als Einzelsache einem besonderen Rechtsschicksal unterliegen.

Digitized by Google

können unter Umständen auch blofse Sachteile Gegenstände des Sachenrechts sein.

1. Bisheriges Recht. Das deutsche Recht liefs unbedenklich ein besonderes Recht an einem Sachteil insoweit zu, als an ihm abgesonderte Herrschaft möglich war und einem Bedürfnis entsprach. Seit der Aufnahme des römischen Rechts galt die Unzulässigkeit besonderer Rechte an Sachteilen als Regel, wurde aber in den Partikularrechten durch mancherlei Ausnahmen deutscher Herkunft durchbrochen. Vor allem erhielt sich, während im gemeinen Recht der römische Grundsatz „superficies solo cedit" durchdrang, vielfach die Anerkennung besonderer Rechte an Grundstücksbestandteilen.

a) So blieb es möglich, dafs Gebäude, auch wenn sie fest mit dem Boden verbunden sind, einem Anderen als dem Grundeigentümer gehören[5]. Im gemeinen Recht galt dies als undenkbar[6].

b) Ebenso wurde vielfach an Bodenerzeugnissen schon vor ihrer Trennung vom Boden gesondertes Eigentum und sonstiges dingliches Recht zugelassen[7]. Insbesondere wurde häufig dem, der kraft eines Nutzungsrechtes zum Fruchtbezuge berechtigt ist oder die Früchte als „verdientes Gut" beanspruchen kann, schon an der stehenden Frucht Eigentum oder doch dingliches Aneignungsrecht zugeschrieben[8]. Aber auch ein dauerndes Sondereigentum

---

[5] Dies verstand sich von selbst, so lange Häuser als Fahrnis galten (oben § 101 Anm. 17—18), wurde aber auch festgehalten, nachdem sie zu Grundstücksbestandteilen geworden waren. Vgl. Stobbe-Lehmann II 283, R. Schröder, Miteigentum S. 38 u. 40 ff., Huber IV 695, insbesondere aber M. Wolff, Der Bau auf fremdem Boden S. 14 ff. Im preufs. R. ist die Möglichkeit von Sondereigentum an Gebäuden grundsätzlich anerkannt; es entsteht für Jeden, der auf fremdem Boden baut, zunächst sogar für den, der dies wissentlich unbefugt tut; A. L.R. I, 9 § 98, 327 ff., I, 20 § 472 ff., I, 22 § 199, 200, 243 ff.; Ges. v. 5. Mai 1872 § 30; R.Ger. I Nr. 66, X Nr. 69, XXXIII Nr. 57; Dernburg I § 215 Anm. 8 u. § 236. Auch dem französ. u. bad. R. ist Sondereigentum an Gebäuden bekannt; R. Schröder a. a. O. S. 37 ff., 39 Anm. 1, Zachariae-Crome I 487 ff. Ebenso mehreren schweiz. R.; Huber III 240 ff.; dazu Schweiz. Entw. § 676—677. Vgl. auch über die Schleswig-Holst. Praxis Falck V 244 ff.

[6] Vgl. Seuff. XXXI Nr. 113, XXXIV Nr. 277, L Nr. 157; Zaun, Arch. f. civ. Pr. XLIII 211 ff., 300 ff.; v. Wächter, Das Superfiziar- oder Platzrecht, 1868, S. 10 ff.; Randa, Eigentum I 215 ff.; M. Wolff a. a. O. S. 6 ff.

[7] Auch hier ursprünglich vielfach in Verbindung mit der Beilegung von Fahrniseigenschaft; oben § 101 Anm. 14 ff.

[8] Vgl. unten § 137 Anm. 5; Preufs. A. L.R. I, 9 § 221, 275.

Digitized by Google

an Bäumen blieb mehrfach anerkannt[9]. Im gemeinen Recht war dies ausgeschlossen[10].

c) In eigentümlicher Anwendung verwertete das deutsche Recht den Begriff eines nach körperlichen Bestandteilen gesonderten Eigentums bei der Ausbildung des Stockwerkseigentums (Geschofseigentums, Herbergrechts, Kellerrechts)[11], das im Mittelalter sehr verbreitet war[12] und sich in einer Reihe von Landesrechten erhielt[13]. Hier stehn die einzelnen Stockwerke eines Gebäudes oder auch einzelne Gelasse, Stuben, Keller usw. in verschiedenem Eigentum[14]. Mit dem Sondereigentum der Einzelnen an den von ihnen

---

[9] So nach Preufs. A. L.R. I, 22 § 199, 200, 243—245, französ. u. bad. R., württ. R. (an Obstbäumen), mehreren schweiz. R. (Huber III 240 ff., IV 695 ff.; in Bern durch Ges. v. 24. Okt. 1849 loskäuflich gemacht).

[10] Stobbe-Lehmann § 95 Z. 4; Randa I § 9 Anm. 58, § 14 Anm. 1; Seuff. LI Nr. 2.

[11] Kuntze, Die Kojengenossenschaft und das Stockwerkseigentum, Leipzig 1888, S. 5 ff., 43 ff. Ackermann, Über Stockwerkseigentum, insbes. nach preufs. R., Göttingen 1891. R. Schröder a. a. O. S. 24 ff. — v. Kraufs, Württ. Arch. XII 329 ff. Mandry, ebenda XIII 193 ff. Kohler, Ges.Abh. S. 180 Anm. *. — Bluntschli, D. P.R. § 57. Roth, Bayr. C.R. II 56 ff., D. P.R. III 160 ff. Stobbe-Lehmann II § 95 Z. 2. Zachariae-Crome I 487 ff. Huber III 241 ff.

[12] Schon seit dem 12. Jahrh.; vgl. Stobbe a. a. O. Anm. 4, Schröder a. a. O. S. 27 Anm. 1, Huber IV 695 Anm. 9.

[13] Code civ. Art. 553 u. 664. Bad. L.R. Art. 553 u. 664. Nürnb. Ref. v. 1564 XXVI 10 und viele bayr. Statutarrechte, vgl. Roth a. a. O., Seuff. XXI Nr. 99, XXXVI Nr. 106, XLVI Nr. 85. Württ. R.; v. Kraufs a. a. O. S. 347 ff.; Kuntze a. a. O. S. 48 ff.; Seuff. VII Nr. 176, XVIII Nr. 242, XXIV Nr. 239 u. 299, XLVII Nr. 107. Sachsen-Meining. R.; Heimbach, Rechtslex. IX 498. Viele schweiz. R.; Huber III 241 ff. In Frankfurt a. M. erhielt sich trotz des Verbots der Ref. v. 1578 VI, 4 § 6 wenigstens das Sondereigentum an Fleischbänken (Schirnen); Seuff. IX Nr. 264. Abgeschafft, jedoch zum Teil unter Schonung bestehender Rechtsverhältnisse, wurde das Stockwerkseigentum in Regensburg 1657, Würzburg 1722, Nassau 1827, Weimar 1841, Rudolstadt 1858, Koburg 1869. Ebenso in Baselstadt 1881 und in Zürich durch Weglassung des § 549 in der neuen Fassung des Gb. Auch in Österreich besteht älteres Stockwerkseigentum fort; zum Teil (bes. in Böhmen u. Salzburg) blieben auch die Verbote des B.G.B. § 417 ff. und der Ges. v. 1874 u. 1879 erfolglos; vgl. Randa § 1 Anm. 30, § 9 Anm. 57, Krainz I § 91. Das Preufs. L.R. kennt kein Stockwerkseigentum; die Praxis hat aber geschwankt; Ackermann a. a. O. S. 28 ff.

[14] Ausdrücklich anerkannt ist das gesonderte Eigentum im französ. u. bad. R.; vgl. R.Ger. XXIV Nr. 69, für Rheinhessen A.G. z. B.G.B. Art. 216—219. Ebenso in der bayr. Praxis; Obst.L.G. f. Bayern b. Seuff. XXXVI Nr. 106, XLVI Nr. 85. Desgl. in Württ. seit Pl.Beschl. des O.Trib. v. 1869 b. Seuff. XXIV Nr. 239. Vgl. auch O.A.G. Lübeck b. Seuff. IX Nr. 264. Dazu Hess.

Digitized by Google

ausschliefslich benutzten Gebäudeteilen ist dann regelmäfsig ein unteilbares Gemeinschaftseigentum an der Grundfläche und den gemeinsam benutzten Gebäudeteilen verbunden[15]. Im gemeinen Rechte und vielen neueren Landesrechten wurde auf Grund der römischen Auffassung jedes Sondereigentum an Gebäudeteilen verworfen[16]. Tatsächlich bestehendes Stockwerkseigentum wurde hier als superfiziarisches Recht konstruiert[17], neuerdings aber auch als eine eigenartige deutschrechtliche Form des Miteigentums am ganzen Gebäude mit Sondernutzungsrechten an einzelnen Gebäudeteilen gedeutet[18].

2. Heutiges deutsches Recht. Das B.G.B. unterscheidet „wesentliche" und nicht wesentliche Bestandteile der Sachen. Als „wesentlich" gelten ihm im allgemeinen Bestandteile, „die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dafs der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird"[19]. Un-

---

Entw. v. 1851 I, 3 Art. 97 ff., Bayr. Entw. v. 1861 Art. 212 ff. — Theoretisch verteidigen das horizontal geteilte Eigentum bes. v. Kraufs, Bluntschli, Heimbach (Anm. 201), Roth, Stobbe, Kuntze (S. 73 ff.), Kohler u. Huber a. a. O.; ferner Lang, Württ. Sachenr. I 2 ff., Gierke, Entw. S. 102.

[15] Die Verbindung ist untrennbar; Bayr. Entw. Art. 212, Seuff. XXIV Nr. 239 u. 299, XXXVI Nr. 106, Annalen der Bad. Gerichte LII 108 ff., Roth, Bayr. C.R. § 120 Anm. 38, D. P.R. § 233 Anm. 19—20, Schröder a. a. O. S. 32 Anm. 1; nach dem Hess. A.G. Art. 216 ist der Anteil „wesentlicher Bestandteil des Alleineigentums am Stockwerk". Für die Gemeinschaft gilt eine ständige Ordnung im Sinne der Gemeinschaften zur gesamten Hand; vgl. Kuntze a. a. O. S. 78 ff., Hess. A.G. Art. 217. Vorkaufsrechte an den Stockwerken und Erwerbsrechte bei Brand gewährt den Gemeinern das Hess. A.G. Art. 218—219.

[16] R.Ger. XXXI Nr. 34; Seuff. XXXVII Nr. 97.

[17] Vgl. bes. Mandry a. a. O., Wächter a. a. O. S. 8 ff., Degenkolb, Platzrecht u. Miete S. 114 ff.

[18] So die frühere württ. Praxis, vgl. Seuff. XVIII Nr. 242 (mit Zulassung der Teilungsklage); Schwarzb.-Rudolst. Ges. v. 26. März 1858; Behaghel, Bad. L.R. I 380; Ackermann a. a. O. S. 48 ff.; für gewisse Fälle auch Mandry a. a. O. S. 217 ff.; allgemein Schröder a. a. O. S. 33 ff., der ein schwer vorstellbares Miteigentum nach Wertbeträgen, die in den einzelnen Gebäudeteilen verkörpert seien, annimmt.

[19] B.G.B. § 93. Die unglückliche Fassung hat schon viel Streit hervorgerufen; vgl. über die verschiedenen Ansichten Tobias, Arch. f. c. Pr. XCIV 371 ff. Sicher ist, dafs es nicht, wie bei dem preufsischrechtlichen Begriff „Substanzteil", auf die Bedeutung des Teils für das Ganze, sondern auf die Bedeutung der Verbindung mit dem Ganzen für den Teil ankommt. Je nachdem durch die Zerlegung eines der Trennstücke entweder entwertet oder in einen ganz anders gearteten Gegenstand verwandelt wird oder aber keines der Trennstücke eine erhebliche Wertminderung oder Artveränderung erleidet, ist

Digitized by Google

abhängig hiervon gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks die fest mit dem Boden verbundenen Sachen einschliefslich der Gebäude und die Bodenerzeugnisse, so lange sie mit dem Boden zusammenhängen, zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes die zu dessen Herstellung eingefügten Sachen[20].

a) Wesentliche Bestandteile einer Sache können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein[21]. Ein besonderer Besitz an ihnen ist freilich möglich[22]. Aber gesondertes Eigentum oder begrenztes dingliches Recht an ihnen ist ausgeschlossen. Wird eine Einzelsache in einen wesentlichen Bestandteil verwandelt, so geht notwendig jedes an ihr bestehende besondere Recht unter[23]; auch ein ausdrücklicher Eigentumsvorbehalt vermag hieran nichts zu ändern[24]. Eine nicht aus einem Recht an der Sache selbst fliefsende Befugnis zur Abtrennung und Aneignung eines wesentlichen Bestandteils ist nur als Forderungsrecht, nicht als Sachenrecht denkbar[25].

---

der Zusammenhang der Teile und damit jeder Teil selbst „wesentlich" oder „nicht wesentlich". Hiernach bestehen manche Sachen (wie lebende Tiere und Pflanzen, Kunstwerke, einfache Geräte) nur aus wesentlichen, andere (wie beliebig teilbare Stoff- und Mengesachen) nur aus nicht wesentlichen Bestandteilen. Dagegen können namentlich bei zusammengesetzten Sachen sowohl wesentliche wie nicht wesentliche Bestandteile vorkommen.

[20] B.G.B. § 94. Bei den Grundstücksbestandteilen kommt es lediglich auf die Art der Verbindung mit dem Boden, bei den Gebäudebestandteilen auf den Zweck der Einfügung an. Darum sind Weinpfähle, Hopfen- oder Bohnenstangen keine wesentlichen Bestandteile des Grundstücks, dagegen Tür- und Fensterflügel und andere für den dauernden Gebäudezweck lose eingefügte Sachen wesentliche Bestandteile des Gebäudes. Nur mufs auch hier eine „Einfügung" vorliegen; R.Ger. LVI Nr. 73. Die Gebäudebestandteile sind, falls das Gebäude selbst Grundstücksbestandteil ist, zugleich Grundstücksbestandteile.

[21] B.G.B. § 93.

[22] B.G.B. § 865. Vgl. unten § 114 III 4.

[23] B.G.B. § 946, 947, 949. Und zwar endgültig. Ein Wiederaufleben des früheren Eigentums nach der Trennung, wie es nach röm. und gem. R. bei Baumaterialien stattfand, ist ausgeschlossen. — Nach B.G.B. § 94 wird Samen schon mit dem Aussäen, eine Pflanze schon mit dem Einpflanzen wesentlicher Grundstücksbestandteil. Das gemeine Recht forderte Keimen oder Festwurzeln.

[24] R.Ger. L Nr. 55 (Unwirksamkeit des Eigentumsvorbehalts an einer Maschine, die einem für einen bestimmten Fabrikbetrieb eingerichteten Gebäude fest eingefügt ist); R.Ger. b. Seuff. LIX nr. 119. Ebenso nach preufs. R. für eingebaute „Substanzteile" R.Ger. IX Nr. 39, XXVI Nr. 66, XLIV Nr. 69, Seuff. LIII Nr. 3.

[25] So das gesetzliche Recht des Besitzers nach B.G.B. § 997. Ebenso das Recht des Pächters hinsichtlich der Früchte, das aber gegenüber den Gläubigern des Eigentümers durch Zw.V.G. § 21 Abs. 3 und C.Pr.O. § 809 dinglich gesichert ist.

Digitized by Google

Hiermit ist in Ansehung der Grundstücksbestandteile das römische Prinzip, kraft dessen sie notwendig der Grundfläche folgen, zum Siege gelangt. Stockwerkseigentum kann fortbestehen, aber nicht neu begründet werden[26]. Und soweit Bauwerke oder Bodenerzeugnisse Grundstücksbestandteile sind, können auch an ihnen besondere Rechte nicht mehr entstehen[27]. Eine Ausnahme wird nur durch die Pfändbarkeit stehender Früchte herbeigeführt[28]. Allein das römische Prinzip hat nur scheinbar vollständig gesiegt. Denn das B.G.B. entzieht gewisse Bauwerke, Gebäudeteile und Bodenerzeugnisse dadurch seiner Herrschaft, dafs es sie, obschon sie an sich zu den wesentlichen Bestandteilen gehören würden, jeder Bestandteilseigenschaft entkleidet (unten III).

b) Nicht wesentliche Bestandteile einer Sache werden zwar gleichfalls der Regel nach von jedem an der Sache bestehenden Recht umfafst, können aber auch Gegenstand besonderer Rechte sein[29]. Dies gilt für bewegliche und unbewegliche Sachen[30]. Hinsichtlich der Grundstücke folgt daraus namentlich die Möglichkeit besonderer Rechte an einzelnen Flächenteilen[31].

---

[26] E.G. Art. 182. — Von der durch E.G. Art. 131 erteilten Ermächtigung, ein unteilbares Miteigentum an einem Gebäude mit dinglich wirksamer Benutzungssonderung zuzulassen, hat bisher kein Landesgesetz Gebrauch gemacht. Dagegen ist in Bayern das bestehende Stockwerkseigentum in derartiges Miteigentum umgewandelt; Überg.G. Art. 42, Pfälz. Liegenschaftsges. Art. 20.

[27] Doch bleibt früher begründetes Sondereigentum an stehenden Erzeugnissen, insbesondere an Bäumen, bestehen; E.G. Art. 181.

[28] Oben § 101 Anm. 16. Kipp b. Windscheid I § 138 will auch das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters aus § 585 B.G.B. auf die Früchte vor der Trennung erstrecken. Vgl. dagegen Küntzel b. Gruchot XLI 439, Oertmann u. Mayring zu § 585.

[29] Eck, Vortr. S. 100; Dernburg III § 5 III 1; Rehbein I 83; Crome I 278; Enneccerus I 128; Kipp a. a. O.; Hölder zu § 94 Bem. 4; Riezler zu § 93 Bem. 6. A. M. (außer für Flächenteile) Endemann I § 42 Anm. 14—16, II § 6 Anm. 1. — Ausgeschlossen ist ihre Pfändung; Kohler, B.R. I 470.

[30] So ist z. B. verschiedenes Eigentum an einem Ringe und dem eingefügten Diamanten, an einem Bilde und dem (nicht besonders für dies Bild hergestellten) Rahmen, an einem Faß und dem darin enthaltenen Wein möglich. Ebenso brauchen Weinpfähle oder Bohnenstangen, auch wenn sie als Grundstücksbestandteile gelten, nicht dem Grundeigentümer zu gehören (oben Anm. 20). Gleiches gilt von Sachen, die einem Gebäude zu einem der Bestimmung des Gebäudes fremden, aber nicht bloß vorübergehenden Zweck (z. B. für dauernde Reklame) eingefügt sind. In allen solchen Fällen ist auch ein Eigentumsvorbehalt wirksam.

[31] Es wird nur durch das Grundbuchrecht dafür gesorgt, daß solche

Digitized by Google

III. Rechtlich verselbständigte Bestandteile. Das B.G.B. spricht gewissen körperlichen Gegenständen, die tatsächlich Bestandteile eines Grundstückes oder Gebäudes sind und an sich sogar regelmäfsig unter den Begriff der wesentlichen Bestandteile fallen würden, die Eigenschaft von Bestandteilen überhaupt ab[32]. Damit erhebt es sie zu selbständigen Sachen, die nicht blofs gleich den nicht wesentlichen Bestandteilen Gegenstand besonderer Rechte sein können, sondern notwendig, wenn sie vom Sachenrecht ergriffen werden, als besondere Objekte erscheinen[33]. Das Eigentum und jedes andere Recht am Grundstück oder Gebäude erstreckt sich auf diese Scheinbestandteile nicht. Auch wenn sie dem Grundeigentümer gehören, bleibt das Eigentum an ihnen vom Grundeigentum durchaus getrennt. Demgemäfs sind sie auch dem Grundbuchrecht vollständig entzogen[34].

1. Rechtlich verselbständigte Bestandteile dieser Art sind in allen Fällen die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit einem Grundstück verbundenen oder einem Gebäude eingefügten Sachen. Keine Grundstücksbestandteile sind daher auch fest mit dem Boden verbundene Gebäude und andere Werke, wenn sie, wie Ausstellungsgebäude, Festhallen, Vorbereitungsbauten, Schaugerüste usw., nur zu einem vorübergehenden Zweck errichtet sind. Ebenso gehören Pflanzen dann nicht zu den Grundstücksbestandteilen, wenn sie, wie Stecklinge im Handelsgarten und Bäume in der Baumschule, nicht dauernd an der Stelle bleiben sollen. Weder Grundstücksbestandteile noch, falls das Gebäude selbst kein Grundstücksbestandteil ist, Gebäudebestandteile sind endlich die einem Gebäude eingefügten Sachen, wenn sie, wie gewerbliche Vorrichtungen in einem nicht dauernd für einen derartigen Gewerbebetrieb eingerichteten Gebäude oder je nach den Umständen Bücherschränke,

---

Rechte tunlichst vermieden werden; doch hat auch das Grundbuchrecht gegen Dienstbarkeiten und Reallasten an einem Flächenteil dann nichts einzuwenden, wenn davon Verwirrung nicht zu besorgen ist; Grundb.-Ordn. § 6.

[32] B.G.B. § 95. Dem bisherigen Recht ist eine derartige Fiktion unbekannt.

[33] Darüber, ob sie bewegliche oder unbewegliche Sachen sind, und welchen sachenrechtlichen Regeln sie unterliegen, vgl. oben § 101 Anm. 26—27.

[34] Äufserlich sind solche Scheinbestandteile oft von Bestandteilen nicht zu unterscheiden; wer ein Recht am Grundstück erwirbt, wird durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht davor geschützt, dafs sein Recht die blofs scheinbaren Bestandteile nicht ergreift.

Digitized by Google

Öfen, Schmuckgegenstände, Schilder usw., nur einem besonderen Bedürfnis des augenblicklichen Besitzers zu dienen bestimmt sind. Hierbei kommt überall nichts darauf an, ob der Eigentümer selbst oder ein Anderer die Verbindung bewirkt hat[35].

2. Gebäude und andere Werke aber sind auch im Falle der Bestimmung für einen dauernden Zweck dann keine Grundstücksbestandteile, wenn die Verbindung mit dem Grundstück in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück vom Berechtigten vorgenommen ist. Dies gilt von Gebäuden jeder Art und allen sonstigen lediglich durch Menschenhand hergestellten Einrichtungen, wie Röhrenleitungen, Schienensträngen, Tunnels, Telegraphenleitungen, Springbrunnen, Denkmälern usw., nicht dagegen von Pflanzungen[36]. Erforderlich ist hier aber, daſs ein Anderer als der Eigentümer das Gebäude oder sonstige Werk mit dem Boden verbunden und sich hierbei in Ausübung eines eigenen Rechtes am Grundstück befunden hat[37]. Dem dinglich Berechtigten muſs dabei der Pächter oder Mieter gleichgestellt werden[38].

---

[35] Nur wird im letzteren Falle die Annahme der Verbindung zu bloſs vorübergehendem Zweck näher liegen. Hat ein Unbefugter die Verbindung bewirkt, so kann der Grundeigentümer die Entfernung verlangen. — Wird die Zweckbestimmung in eine dauernde verändert, so verwandelt sich die Sache in einen wesentlichen Bestandteil; vgl. M. Wolff a. a. O. S. 70 ff. (wo aber S. 71 unrichtig auch die Umwandlung eines Bestandteils in eine Einzelsache durch bloſse Zweckänderung für möglich erklärt wird).

[36] Anders nach der Fassung des Entw. I § 785. Der jetzigen Fassung gegenüber ist die von Rehbein I 84 und Leonhard S. 164 Anm. 4 verteidigte Ausdehnung auf Pflanzungen unmöglich.

[37] Erlischt das Recht, ein Gebäude oder sonstiges Werk auf dem fremden Grundstück zu haben, so bleibt gleichwohl das Gebäude oder sonstige Werk eine selbständige Sache im Eigentum des vormals Berechtigten oder seines Rechtsnachfolgers (z. B. der Erben des Nieſsbrauchers). Der Grundeigentümer kann aber nunmehr die Entfernung vom Grundstück verlangen. Erwirbt er selbst das Eigentum an der Sache, so wird sie Grundstücksbestandteil; vgl. M. Wolff a. a. O. S. 81. Sie wird daher nunmehr auch von den am Grundstück bestehenden Rechten ergriffen; doch bleiben an ihr etwa begründete Pfandrechte mit Vorrang (nach Analogie des § 1131) bestehen.

[38] Hierüber herrscht Streit. Derselbe erledigt sich keineswegs, wie Dernburg III § 5 II 4b u. Enneccerus I 126 meinen, dadurch, daſs hier die Verbindung stets zu einem vorübergehenden Zweck erfolgte. Denn davon kann bei Wohn- und Wirtschaftsgebäuden, Röhrenleitungen und anderen Werken, die für den dauernden Grundstückszweck bestimmt sind, hier so wenig, wie beim Nieſsbraucher oder auf Zeit Erbbauberechtigten, die Rede sein. Nicht die subjektive, sondern die objektive Zweckrichtung entscheidet. Wenn man daher, wie Planck zu § 95 Anm. 4, Strohal, Jahrb. f. D. XXXVIII 36,

Digitized by Google

IV. Unkörperliche Einzelsachen. Im Bereiche der Erstreckung des Sachenrechts auf unkörperliche Gegenstände entsprechen den körperlichen Einzelsachen die als unkörperliche Einzelsachen individualisierten Vermögensgegenstände (oben Bd. I S. 274 Anm. 16). Dahin gehören die durch ideelle Zerlegung des Sachgehalts gebildeten „Bruchteile" einer körperlichen Sache[39], die beim Miteigentum einen selbständigen Gegenstand des Eigen-

---

Fuchs, Grundbuchr. I 15, Neumann zu § 95 Bem. 3, M. Wolff a. a. O. S. 73 ff., Tobias a. a. O., S. 401 ff. u. A., wegen des Ausdrucks „Recht am Grundstück" jedem nicht dinglich Berechtigten die in § 95 Abs. 1 S. 2 geforderte Berechtigung abspricht, so stehen Pächter und Mieter in den wichtigsten Fällen schutzlos da. Nach der ratio legis aber rechtfertigt sich eine ausdehnende Auslegung. Vgl. Eck S. 102, Gierke a. a. O. S. 37, Rehbein I 84, Endemann I § 52 Anm. 27, Hölder zu § 95 Bem. 2, Crome I 280, Riezler zu § 95 Bem. 2. Es muſs jedes Recht genügen, das die Befugnis gewährt, ein derartiges Bauwerk auf dem Grundstück zu haben. Daher bedürfen auch z. B. Unternehmer einer Straſsenbahn keines dinglichen Rechts an der öffentlichen Straſse, um Eigentümer der Schienenanlage zu bleiben. — Nicht ausreichend ist der bloſse Glaube, berechtigt zu sein; a. M. Hölder a. a. O.

[39] Das B.G.B. betrachtet bei einer Gemeinschaft „nach Bruchteilen" den Gegenstand als geteilt und spricht daher von Bruchteilen der Sache (insbesondere in § 1095, 1106, 1114 von dem „Bruchteil eines Grundstücks", der „in dem Anteil eines Miteigentümers besteht"). Im gemeinen Recht ist die Ansicht, daſs die Sache selbst geteilt sei (vgl. z. B. Gesterding, Eigentum § 9, Wächter, Württ. P.R. II 276, Göppert, Krit. V. Schr. XIV 549, Scheurl, Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten, Erlangen 1884, S. 23 ff.), mehr und mehr aufgegeben. Die herrschende Ansicht sieht das Recht an der Sache als geteilt an (vgl. z. B. Arndts § 63, Eck, Doppelseitige Klagen S. 92 ff. u. Krit. V. Schr. XIX 232 ff., Rümelin, Die Teilung der Rechte S. 25 ff., 73 ff., Randa I § 9 Anm. 7, Dernburg, Pand. I § 195, Bekker I § 32, v. Seeler, Die Lehre vom Miteigentum nach röm. R., Halle 1896, S. 137 ff.), während andere auch das Recht für ungeteilt halten und nur Wert-, Nutzens- oder Rechnungsteilung annehmen (Girtannner, Jahrb. f. D. III 243, Steinlechner, Das Wesen des juris communio I 28 ff., 134 ff., II 224 ff., Kohler, Ges. Abh. S. 198 ff., Roth, D.P.R. III 145, Eisele, Arch. f. c. Pr. LXIII 27 ff., in wechselnder Formulierung auch Windscheid § 142 Anm. 10—11). Für das Recht des B.G.B. wird meist ebenfalls eine Umdeutung als erforderlich erachtet, so daſs unter Bruchteilen immer nur Rechtsteile zu verstehen seien; vgl. z. B. Crome I § 59 II, Endemann II § 70 Z. 2, Leonhard S. 157. Allein das B.G.B. betrachtet zweifellos die Sache selbst als geteilt; vgl. Kipp zu Windscheid § 149 a. E. Und diese Vorstellung ist mit dem richtig verstandenen Sachbegriff (oben Bd. I 270) durchaus vereinbar; auch die körperliche Sache ist nur ein Inbegriff von Beziehungen, dessen Zerlegung in ideelle Teile unkörperliche Sachen ergibt. Vgl. hierzu auch Sokolowski a. a. O. S. 408 ff.

Digitized by Google

tums bilden[40] und auch Gegenstand der meisten dinglichen Rechte sein können[41]. Ferner die den Grundstücken gleichgestellten Gerechtigkeiten, auf die das ganze liegenschaftliche Sachenrecht Anwendung findet[42]. Endlich alle Gegenstände solcher einzelnen Rechte, die übertragbar sind und darum mit einem Niefsbrauch oder Pfandrecht belastet werden können[43].

V. Unkörperliche Sachteile. Die unkörperlichen Einzelsachen haben unkörperliche Bestandteile, die regelmäfsig von jedem an ihnen bestehenden Recht mitumfafst werden, unter Umständen aber den Gegenstand besonderer Rechte bilden können. Ob und inwieweit die Erhebung von Rechtsbestandteilen zu Gegenständen des Sachenrechts möglich ist, entscheidet sich nach der Beschaffenheit der einzelnen Rechte[44].

Unkörperliche Bestandteile körperlicher Einzelsachen kann es nicht geben. Doch behandelt das B.G.B. Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, so, als wenn sie Bestandteile des Grundstücks wären[45].

---

[40] Für das Teileigentum gelten im Zweifel alle Vorschriften für das Eigentum und zwar, jenachdem die Sache ein Grundstück oder eine bewegliche Sache ist, die für Grundeigentum oder Fahrniseigentum. Vgl. auch Öst. Gb. § 313: insoweit ihnen aber gewisse obgleich unabgesonderte Teile angewiesen sind, hat jeder Miteigentümer das vollständige Eigentum des ihm gehörenden Teils. — Eine Folge davon, daſs jedem Miteigentümer Sondereigentum an einem ideellen Sachteil zusteht, ist der Ausschluſs des Anwachsungsrechts (B.G.B. § 928). Ergreift das Recht eines Jeden die Sache in ihrer Totalität, so muſs das jus accrescendi grundsätzlich bejaht werden; so denn auch Girtanner a. a. O. S. 262, Steinlechner II § 35, Kohler a. a. O. S. 139 ff. u. Jahrb. f. D. XVIII 377 ff., Roth III 152, Dernburg I § 195, Randa I 213, Windscheid § 169a Anm. 5; a. M. Eck, Doppelseit. Klagen S. 94 ff., v. Seeler a. a. O. S. 64 ff., Sokolowski a. a. O. S. 417 ff.

[41] Nach dem B.G.B. sind Nieſsbrauch und Pfandrecht an jedem Bruchteil, Vorkaufsrecht (§ 1095), Reallast (§ 1106) und Grundpfandrecht (§ 1114) nur am Bruchteil eines Miteigentümers möglich; Erbbaurecht und Grunddienstbarkeiten an Bruchteilen sind ausgeschlossen.

[42] Oben § 101 III 1. Für die Herstellung der Sacheinheit gewinnt hier die Buchung Bedeutung; vgl. unten § 119 II.

[43] B.G.B. § 1068—1069, 1273—1274. Desgleichen Bruchteile solcher Gegenstände.

[44] In besonders weitem Umfange sind die einzelnen Bestandteile der Urheber- und Erfinderrechte der sachenrechtlichen Verselbständigung fähig; oben Bd. I 805 ff., 887 ff.

[45] Darüber vgl. unten § 106 a. E.

Digitized by Google

§ 104. Gesamtsachen[1].

I. Überhaupt. Den Gegenstand sachenrechtlicher Herrschaft bilden nicht bloſs Einzelsachen, sondern auch Sachinbegriffe[2]. Jenachdem in einem solchen Sachverbande die Einheit des Ganzen von der Gesamtheit der verbundenen Sachindividuen oder von einem einzelnen herrschenden Sachindividuum getragen wird, liegt eine Gesamtsache oder eine Hauptsache mit Zubehör vor[3].

Die Vorstellung der Gesamtsache war dem germanischen Recht seit alter Zeit geläufig. Inbegriffe körperlicher Sachen mit gemeinsamer Zweckbestimmung, wie Heergerät und Gerade, die

[1] Glück, Komm. II § 75a. Höpfner, Komm. § 278. Thibaut, Pand. (7. Aufl.) I § 262. Kierulff, Theorie I 317 ff. Puchta, Pand. u. Vorl. § 35, Inst. § 222. v. Vangerow I § 71. Arndts § 48. Wächter, Württ. P.R. II § 39; Pand. I § 59 IV. Windscheid I § 137. Brinz I § 50. Dernburg, Pand. I § 68. Hölder I 136 ff. Bekker I § 71 mit § 43 u. 60 Beil. II. Regelsberger I § 97 II mit § 95 IV. — Beseler, D.P.R. § 76. Roth, D.P.R. I § 76, Bayr. C.R. I § 58. — Förster-Eccius, Preuſs. P.R. I § 21. Dernburg, Preuſs. P.R. I § 60. — Unger, Österr. P.R. I 470 ff. Krainz I § 98. Randa, Eigentum I 35 ff.; Besitz (4. Aufl.) S. 528 ff. — Hasse, Arch. f. c. Pr. V (1822) S. 1 ff. Warnkönig ib. XI 169 ff. Mühlenbruch ib. XVII (1834) S. 321 ff. Wächter, Erörterungen, Stuttgart 1845, I 1 ff. Girtanner, Jahrb. f. D. III (1860) S. 100 ff. Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse im röm. R., Marburg u. Leipzig 1864, § 2. Pernice, Krit. V. Schr. VII (1865) S. 116 ff. Exner, Die Lehre vom Rechtserwerbe durch Tradition nach österr. u. gem. R., Wien 1867, S. 215 ff. Bechmann, Das römische Dotalrecht, II (1867) S. 181 ff. Göppert, Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen nach röm. R., Halle 1871. Birkmeyer, Über das Vermögen im juristischen Sinne, Erlangen 1879, S. 101 ff. Ehrenberg, Die beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, Jena 1880, S. 399 ff. Till, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XII (1885) S. 736 ff. Kohler, Jahrb. f. D. XXIV (1886) S. 291 ff. E. Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, Berlin 1889, S. 79 ff. O. Cramer, Das Eigentum an Herden und die vindicatio gregis, Bielefeld 1890. L. v. Petražycki, Die Lehre vom Einkommen, I (Berlin 1893) S. 95 ff., II (1895) S. 433. Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht, Halle 1902, S. 49 ff., 383 ff. — Über das Recht des B.G.B. Eck, Vortr. S. 94 ff.; Cosack I § 41 III u. § 49; Endemann I § 50 Z. 2; Dernburg III § 2; Enneccerus I 119 ff.; Crome I 274 ff.; Leonhard, Allg. Th. S. 166 ff.; Rehbein I 79 ff.; Riezler b. Staudinger vor § 90 S. 217 ff.; Kohler, Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit, Arch. f. b. R. XXII 1 ff.

[2] Vgl. oben Bd. I § 31 II.

[3] Der Gegensatz ähnelt dem zwischen genossenschaftlicher und herrschaftlicher Verbindung der Subjekte. Beiderlei Verhältnisse können sich auch kombinieren. Eine Gesamtsache kann Zubehör sein (wie z. B. das Guts-, Gebäude- oder Schiffsinventar, vgl. unten § 105 Anm. 45 ff. u. 58) oder Zubehör haben (ib. Anm. 59). Auch können innerhalb einer Gesamtsache Pertinenzverhältnisse bestehen; vgl. unten § 105 a. E.

Digitized by Google

Aussteuer der Braut, das Gutsinventar, die Viehherde, das Warenlager usw., wurden als Sacheinheiten behandelt und als solche besonderen Rechtsschicksalen unterworfen. Frühzeitig wurden dann auch unkörperliche Sachen in die Sachverbände hineingezogen, so dafs der Begriff der Sacheinheit auf ganze Vermögensinbegriffe erstreckt und eine reiche Fülle in sich verbundener Sondervermögen ausgebildet werden konnte[4]. Diese lebensvollen Gebilde vermochte das römische Recht um so weniger zu unterdrücken, als es auch seinerseits bei allem Streben nach Vereinzelung der Rechtsobjekte Zugeständnisse an den Begriff der Gesamtsache keineswegs vermieden hatte[5]. Vielmehr wurde aus den im Corpus juris enthaltenen Keimen unter dem Einflusse der germanischen Rechtsanschauungen eine umfassende Theorie entwickelt, die den allgemeinen Begriff der „universitas rerum" im Sinne eines von den verbundenen Einzelsachen verschiedenen Sachganzen aufstellte und durch die Unterscheidung der „universitas juris" und der „universitas facti" dem besondern Wesen der Inbegriffe von Sachkörpern einerseits und der Vermögensinbegriffe andererseits gerecht zu werden suchte[6]. Auch die neueren Gesetzbücher nahmen demgemäfs den Begriff der Gesamtsache auf[7]. Seit den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts wurde jedoch die alte Lehre vom romanistischen Standpunkt aus lebhaft bekämpft. Zunächst wurde die Unterscheidung

[4] Da die Sondervermögen sich aus körperlichen Sacheinheiten entwickelten, indem z. B. Lehngüter zu Lehnsvermögen, Schiffe zu Schiffsvermögen oder Warenlager zu Handelsvermögen erweitert wurden und selbst die Gerade und das Heergerät Forderungen und Schulden in sich aufnehmen konnten, waren die Grenzen oft flüssig.

[5] In welchem Umfange, ist streitig. Sicherlich darf man nicht mit Baron a. a. O. und Sokolowski a. a. O. S. 49 ff. die volle Anerkennung der körperlichen Gesamtsache als Rechtsobjekt oder mit Birkmeyer a. a. O. S. 27 ff. u. 123 ff. den ausgebildeten Begriff der objektiven Vermögenseinheit in das römische Recht hineintragen. Vielmehr entspricht die grundsätzlich ablehnende Haltung der meisten neueren Romanisten gegen den Begriff der Gesamtsache (unten Anm. 9) den römischen Quellen. Allein unverkennbar sind doch Ansätze zu einer abweichenden Auffassung hinsichtlich der körperlichen Gesamtsache in der vindicatio gregis und in den Aussprüchen über das corpus ex distantibus und hinsichtlich des Sondervermögens in der Behandlung des peculium und der dos vorhanden; vgl. Göppert a. a. O. S. 49 ff., Pernice, Labeo I 380 ff., Gierke, Gen.R. III 32 ff.

[6] Den Grund legte schon die Glosse zu l. 1 § 8 D. quando de peculio 15, 2. Die Theorie findet sich noch bei Glück, Höpfner und Thibaut a. a. O.

[7] Preufs. L.R. I, 2 § 32 ff.; Österr. Gb. § 302; Sächs. Gb. § 62 ff.; Kreittmayr zu Bayr. L.R. II, 5 c. 6; Bern. Gb. § 342 ff.; Bündner Gb. § 177; Liv-, Esth- u. Kurl. P.R. Art. 540 ff. und dazu Erdmann I 143 ff.

Digitized by Google

von universitates facti und juris angegriffen[8]. Mehr und mehr aber wandte man sich gegen den Begriff der Gesamtsache überhaupt, indem man nur Einzelsachen als Rechtsobjekte gelten liefs und jedem Sachinbegriff nur die Bedeutung eines abkürzenden Sammelnamens zugestand[9]. Indes wurde dieser atomistische Gedanke nur selten folgerichtig durchgeführt[10]. Auch ist der Widerspruch gegen ihn niemals verstummt[11]. Im Leben hat sich jedenfalls der Begriff der Gesamtsache siegreich behauptet[12]. Er kann auch in Zukunft aus unserem Recht nicht verschwinden. Das B.G.B. hat sich freilich seiner ausdrücklichen Anerkennung entzogen, behandelt aber selbst in erheblichem Umfange Inbegriffe von Rechtsobjekten als einheitliche Gegenstände von Rechten und steht einer grundsätzlichen Ausgestaltung des Begriffes der Gesamtsache nicht entgegen[13]. Auch heute fallen unter diesen Begriff Sachverbände von zwie-

---

[8] Von Mühlenbruch und Hasse a. a. O., dann von Wächter, Unger, Puchta, Exner, Roth a. a. O.

[9] So besonders Wächter, Erörter. I 15 ff. u. Württ. P.R. a. a. O. Anm. 15, Unger I 475 ff., Pernice, Krit. V.Schr. a. a. O., Exner a. a. O., Bechmann a. a. O., Göppert a. a. O. S. 54 ff., Randa a. a. O., Schey, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VIII 116 ff., Kohler, Jahrb. a. a. O. S. 291, v. Vangerow a. a. O. (anders in früheren Auflagen), Brinz a. a. O., Cramer a. a. O. S. 15 ff., Hölder a. a. O., Regelsberger a. a. O., Krainz a. a. O.; für das gemeine Recht auch Dernburg, Pand. I § 68, dessen Verwerfung der angeblich unrömischen Lehre bei seiner Ablehnung der Rezeption in complexu nicht recht verständlich ist; für das französ. Recht Crome, Allg. T. S. 177 ff. — Exner, Randa, Schey, Krainz u. A. wollen sogar für das österr. R., für das Unger noch der Auffassung des Gesetzbuchs Rechnung trägt, die schroffe Verneinung durchführen; den gleichen Versuch machte für das preufs. R. Förster a. a. O.; gegen ihn vgl. Eccius a. a. O. Anm. 4 u. Dernburg, Preufs. P.R. I § 60.

[10] Zugeständnisse an das Prinzip der objektiven Einheit finden sich bei Wächter (bes. Pand. a. a. O.), Brinz, Bechmann, Dernburg und Regelsberger. Vgl. auch Crome a. a. O. S. 178 Anm. 6. Ferner Kohler, B.R. I 453, Arch. a. a. O. S. 1 ff. (rechtlich einflufsreiche Zusammengehörigkeit). Windscheid a. a. O. Anm. 6—8 erkennt Naturganze, nicht dagegen (wie in früheren Auflagen) andere Sachgesamtheiten als Rechtsobjekte an.

[11] In neuerer Zeit sind unter den Germanisten Beseler, Roth und Cosack a. a. O., unter den Romanisten Girtanner, Baron, Puchta, Arndts und Bekker a. a. O. für den einstmals herrschenden Begriff der Gesamtsache eingetreten. Vgl. ferner Till, Fuchs und Petrażycki a. a. O. und bes. Sokolowski S. 390 ff.

[12] Dies zeigen die später anzuführenden gerichtlichen Entscheidungen.

[13] In Entw. I glaubte man freilich die atomistische Auffassung gesetzgeberisch festlegen zu können; vgl. dagegen Gierke, Entw. S. 284 ff., Personengemeinschaften u. Vermögensinbegriffe S. 106 ff. Was aber die Motive III 28 ff.

Digitized by Google

facher Art, von denen die einen nur körperliche, die anderen auch unkörperliche Einzelsachen enthalten können. Im Einklange mit dem richtigen Grundgedanken der alten Theorie, deren Unterscheidung von universitates facti und juris nur an fehlerhafter Fassung litt und durch unhaltbare Verallgemeinerungen entstellt wurde[14], lassen sie sich als körperliche und unkörperliche Gesamtsachen unterscheiden[15].

II. Körperliche Gesamtsachen. Eine körperliche Gesamtsache, in der Sprache des B.G.B. ein „Sachinbegriff", liegt vor, wenn körperliche Einzelsachen, ohne die Eigenschaft von Einzelsachen einzubüfsen, zu einem als Rechtsgegenstand anerkannten einheitlichen Ganzen verbunden sind. Hierzu ist einerseits erforderlich, dafs die einzelnen Sachkörper sowohl äufserlich von einander getrennt wie für sich zum Gegenstand besonderer Rechte geeignet bleiben[16]. Es ist aber andererseits erforderlich,

---

in diesem Sinne sagen, ist um so weniger verbindlich, als im B.G.B. wesentliche Änderungen eingetreten sind. Die Vorschrift des § 90 hat auch hier nur terminologische Bedeutung (oben § 100 Anm. 1, unten Anm. 15).

[14] Die alte Lehre erkannte richtig, dafs, da die rechtliche Verbundenheit in dem einen Falle sich an einen sinnlichen Tatbestand anschliefst, in dem anderen Falle lediglich einer unsinnlichen Einheit Ausdruck gibt, das Recht hier eine mehr schöpferische Rolle spielt als dort. Sie übersah aber, dafs auch die u. facti erst durch das Recht zur rechtlichen Einheit wird. Und von ihren für die u. juris aufgestellten Sätzen hat namentlich die Regel „res succedit in locum pretii et pretium in locum rei" keine allgemeine Geltung.

[15] Ein Inbegriff von körperlichen Gegenständen ist, soweit er als einheitlicher Gegenstand aufgefafst wird, selbst ein „körperlicher" Gegenstand. Seine Unterstellung unter den Sachbegriff beruht, wie alle Sachbildung (oben Bd. I 269), auf Abstraktion. Allein keineswegs liegt seinem Bestande, wie Puchta, Inst. § 222 Anm. f, u. Arndts § 48 meinen, eine Fiktion zugrunde. Vielmehr ist er genau so real, wie die körperliche Einzelsache; Warnkönig a. a. O. S. 179, Girtanner a. a. O. S. 185 ff., Baron a. a. O. S. 30. Denn das Substrat der Abstraktion ist ein in jedem Augenblick räumlich fest begrenzter Teil der äufseren Güterwelt. Dadurch, dafs die das Ganze bildenden einzelnen Sachkörper auch ein jeder für sich das Substrat eines Sachbegriffs bilden, wird die Eigenschaft des Ganzen als eines körperlichen Gegenstandes nicht ausgeschlossen; sonst käme diese Eigenschaft auch den Einzelsachen nicht mehr zu, da so lange, als sie Bestandteile des Ganzen sind, ihnen der Sachgehalt der Einzelkörper zum Teil entzogen ist. Somit kann auch im Sinne des B.G.B. ein Sachinbegriff trotz § 90 ebensogut „Sache" sein, wie eine Sache, an deren Bestandteilen besondere Rechte möglich sind, oder eine Mengesache. — Gehören einem Inbegriff unkörperliche Gegenstände an, so ist er, wenn er als Gegenstand gesetzt wird, notwendig ein unkörperlicher Gegenstand, daher für das B.G.B. niemals „Sache" im technischen Sinne.

[16] Denn wenn sie organisch oder mechanisch miteinander verbunden

Digitized by Google

dafs trotzdem ihr Inbegriff eine von der Summe seiner Bestandteile unterscheidbare Sacheinheit bildet. Ein derartiges Verhältnis kann nicht willkürlich durch beliebige Zusammenfassung von Einzelsachen unter einem Sammelnamen hergestellt werden[17]. Vielmehr besteht es für die Rechtsordnung nur insoweit, als ein Inbegriff von Einzelsachen vermöge ihrer durch dauernde Zweckgemeinschaft begründeten objektiven Zusammengehörigkeit nach allgemeiner Verkehrsanschauung als einheitlicher Gegenstand gilt. Hiernach gehören zu den Gesamtsachen manche Inbegriffe individuell bestimmter Einzelsachen, die erst in ihrer Verbindung einander zu einem für einen spezifischen Gebrauchszweck geeigneten Gegenstande ergänzen[18]. Insbesondere aber fallen unter den Begriff der Gesamtsache die auch im Wechsel der sie bildenden Einzelsachen ihre Fähigkeit zur Erfüllung eines spezifischen Zwecks bewahrenden Inbegriffe, wie die Herde, das Gutsinventar, die Bibliothek, die Kunst- oder Naturaliensammlung, das Warenlager[19].

Die körperliche Gesamtsache ist als einheitliches Ganze ein selbständiges Rechtsobjekt[20]. Sie deckt sich als solches nicht mit der Summe ihrer jeweiligen Bestandteile und bleibt daher dieselbe, wenn auch die in ihr enthaltenen Einzelsachen wechseln[21]. Die Einzelsachen gehen insoweit, als sie Bestandteile sind, im

---

sind, gelten sie auch dann, wenn sie den Gegenstand besonderer Rechte bilden, nur als Teile einer Einzelsache; oben § 103 Anm. 2. Wenn sie aber zwar getrennt sind, jedoch für sich nicht als Rechtsobjekte vorkommen, entsteht aus ihrer Verbindung zur Mengesache gleichfalls nur eine Einzelsache; oben § 103 Anm. 4.

[17] Auch wenn daher z. B. in einheitlicher Weise das gesamte Mobiliar oder der Pferdebestand vermacht oder verkauft wird, handelt es sich nicht um eine Gesamtsache.

[18] So z. B. ein Buch in mehreren Bänden, ein Vier- oder Zweigespann (Seuff. XXXVI Nr. 72), ein Ornat. Möglicherweise auch ein Komplex von Liegenschaften; Wächter, Württ. P.R. II 235 Anm. 5, Beseler § 76 Anm. 2, Dernburg, B.R. III 6 Anm. 6, Sächs. Gb. § 64.

[19] Vgl. z. B. Seuff. VII Nr. 283 (Herde), XII Nr. 140 (Gutsinventar), XV Nr. 187 (Theaterinventar), XIII Nr. 308 u. XLIX Nr. 77 (Warenlager), XXXVI Nr. 127 u. L Nr. 8 (Weinlager).

[20] Preufs. A. L.R. I, 2 § 32, Österr. Gb. § 302, Sächs. Gb. § 62. Auch das B.G.B. spricht in § 1035 vom „Niefsbrauch an einem Inbegriffe von Sachen". Die herrschende Meinung sieht darin eine Entgleisung und leugnet für das B.G.B. die Eigenschaft des Inbegriffs als Rechtsobjekt. Vgl. dagegen Cosack I § 41 III, Sokolowski S. 384 ff., aber auch Dernburg III 7 ff.

[21] Preufs. A. L.R. I, 2 § 38; Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XXXVI Nr. 127 S. 182: „wo das Ganze als ein dauerndes, das Einzelne als vergänglich wechselnd gedacht wird".

Digitized by Google

Ganzen auf und können daher durch die Zugehörigkeit zu der Gesamtsache eine besondere rechtliche Eigenschaft annehmen. So prägt nach dem B.G.B. die Zugehörigkeit zu einem Warenlager oder einem sonstigen Sachinbegriff, dessen bestimmungsmäfsiger Gebrauch in der Veräufserung der Einzelsachen besteht, alle beweglichen Sachen zu verbrauchbaren Sachen[22]. Als einheitliches Rechtsobjekt ist die Gesamtsache ein geeigneter Gegenstand rechtlicher Sachherrschaft. Darum ist an ihr ein selbständiges Eigentum begründet[23]. Niefsbrauch und Pfandrecht sind an ihr möglich[24]. Auch ein Besitz an ihr ist keineswegs ausgeschlossen[25].

[22] B.G.B. § 92 Abs. 2. Sind sie an sich unverbrauchbar, so gewinnen sie mit der Ausscheidung aus dem Inbegriff diese Eigenschaft zurück. — So ergriff auch die oben § 101 Anm. 36 erwähnte Verliegenschaftung von Gesamtsachen die Einzelsachen nur als Bestandteile.

[23] Seuff. XIII Nr. 308, XXXVI Nr. 127 (Eigentumsvorbehalt); übereinstimmend die oben Anm. 11 Genannten bis auf Petrażycki, der nur begrenzte dingliche Rechte, nicht Eigentum an Inbegriffen anerkennt. Da die Gesamtsache ein körperlicher Gegenstand ist (oben Anm. 15), steht auch für das geltende Recht B.G.B. § 90 nicht, wie mit der herrschenden Ansicht auch Dernburg a. a. O. meint, entgegen; vgl. auch Sokolowski S. 390.

[24] Seuff. XV Nr. 187, XLIX Nr. 77, L Nr. 8; R.O.H.G. XIV 109. Ebenso nach B.G.B. § 1035 (Niefsbrauch); a. M. hinsichtlich des Pfandrechts, weil der Inbegriff keine „Sache" sei, R.Ger. LIII Nr. 54 S. 220. — Dem Erfolge nach deuten auch Solche, die ein dingliches Recht nur an den Einzelsachen für möglich halten, dieses bei der Niefsbrauchsbestellung oder Verpfändung unter einem „Gesamtnamen" in ein Recht am Ganzen um, indem sie der bestimmungsmäfsigen Ausscheidung oder Einverleibung von Einzelsachen dingliche Wirkung beilegen; so Kohler, Jahrb. a. a. O. S. 296 ff., Regelsberger I 373, R.Ger. LIII Nr. 54.

[25] Für das gemeine Recht erklären wegen l. 30 § 2 D. de usurp. et usuc. 41, 3 auch Manche, die Eigentum und dingliches Recht an Gesamtsachen annehmen, einen Besitz an ihnen für unmöglich; so Puchta u. Arndts a. a. O., Sokolowski S. 395, Seuff. III Nr. 329; weitere Nachweise b. Randa, Besitz S. 530 Anm. 3. Vgl. dagegen Beseler § 76 Anm. 7, Baron a. a. O. S. 57 ff., Fuchs a. a. O. S. 85, Till a. a. O. S. 757, Bekker I 297, R.Ger. b. Seuff. L Nr. 8 (Pfandbesitz an einem Weinlager im Ganzen, den die zeitweilige Wiederaushändigung des Schlüssels an den Eigentümer behufs Abholung einzelner Flaschen nicht zerstört hat). Im Preufs. L.R. I, 7 § 49 u. 53 (vgl. Bornemann, Syst. I 279 Anm.) u. im Österr. Gb. § 311, 427, 452 u. 481 ist der Besitz an Gesamtsachen unzweideutig anerkannt. Nach dem B.G.B. ist der Besitz an einem Sachinbegriff um so weniger ausgeschlossen, als auch bei Einzelsachen der Besitz am Ganzen von dem Besitz an Bestandteilen unterschieden wird. So gut wie der Besitz eines Hauses trotz Vermietung einzelner Räume ein einheitlicher und uno actu übertragbarer Besitz bleibt, ist der Besitz einer Bibliothek im Ganzen ein einheitliches Verhältnis, wenn auch an den einzelnen Büchern, je nachdem sie gerade ausgeliehen sind oder nicht, Besitz ungleicher Art besteht.

Digitized by Google

Sie unterliegt einheitlicher rechtsgeschäftlicher Verfügung[26] und einheitlicher Rechtsverfolgung[27]. Jedes Rechtsverhältnis aber, das an ihr besteht, umspannt alle ihr jeweilig zugehörigen Einzelsachen und ergreift daher ohne weiteres die ihr durch natürlichen Zuwachs oder durch ordnungsmäfsige Zufügung neu einverleibten Stücke[28]. Es erfafst jedoch die Einzelsachen nur als Bestandteile und läfst daher jedes Stück in dem Augenblicke los, in dem es durch natürlichen Verlauf oder durch ordnungsmäfsige Ausscheidung abgesondert wird[29].

Trotz ihrer Zugehörigkeit zur Gesamtsache bleiben die Einzel-

[26] Die Gegner sehen darin nur eine Zusammenfassung der Einzelsachen durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung. In Wahrheit ergreift die Veräufserung oder Verpfändung einer Gesamtsache die einzelnen Stücke auch dann, wenn es an jedem auf sie gerichteten Willen oder selbst am Bewufstsein ihres Daseins fehlt. Es bedarf vielmehr einer Willenserklärung, um ein Stück auszunehmen. Sonst wird der objektive Zusammenhang wirksam. Vgl. Seuff. XII Nr. 140, XXXVI Nr. 127. — Eine andere Frage ist, wie der Übergang des Eigentums oder die Begründung des dinglichen Rechts an der Gesamtsache realisierbar ist. So wird man mit dem R.Ger. LII Nr. 100 annehmen müssen, daſs der Eigentümer eines im unmittelbaren Besitz eines Dritten befindlichen Sachinbegriffs durch Verfügung über einen realen Teil desselben, der eine nicht individuell bestimmte Menge der Bestandteile umfassen soll, weder Eigentum übertragen noch Pfandrecht oder kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht begründen kann, weil es an der erforderlichen Besitzübertragung fehlt.

[27] Für das gemeine Recht streiten die Gegner, ob die römische vindicatio gregis, deren Deutung in einem mit der Verneinung des Eigentums an der Herde vereinbaren Sinne auf sehr verschiedene Weise versucht wird, auf andere Gesamtsachen auszudehnen ist (so Kohler a. a. O. S. 294 ff., Dernburg, Pand. I § 226, Regelsberger § 97 II A) oder nicht (so Jhering, Geist des röm. R. III. § 51 Anm. 22, Windscheid I § 137 Anm. 7—8, Brinz a. a. O., Cramer a. a. O. S. 50 ff.). Wird die Gesamtsache als Sacheinheit anerkannt, so versteht sich die Zulässigkeit einer auf das Ganze gerichteten dinglichen Klage von selbst; Girtanner a. a. O. S. 213 ff., Bekker I 296 ff., Seuff. VII Nr. 283 u. XIII Nr. 308. Dies gilt auch für das heutige deutsche Recht; Dernburg, B.R. III 8, Cosack II § 212 II, Sokolowski S. 397; a. M. Rehbein I 80, Biermann zu § 985 Bem. 4.

[28] Preuſs. L.R. I, 2 § 36; Seuff. XIII Nr. 308. Nur eine Folgerung hieraus enthalten die Vorschriften des B.G.B. § 588 Abs. 2 S. 2 und § 1048 Abs. 1 S. 2, die daher analoger Anwendung fähig sind.

[29] Preuſs. L.R. I, 2 § 37; Seuff. XXXVI Nr. 127, L Nr. 8. Für das Recht des B.G.B. wird hier namentlich § 92 wichtig. — Zu einer ordnungsmäſsigen Zufügung oder Ausscheidung bedarf es einer Handlung, die einerseits den erforderlichen äufseren Zusammenhang herstellt oder zerstört, andererseits die Bestimmung für den gemeinschaftlichen Zweck nach den Regeln der Wirtschaftsführung begründet oder aufhebt. Vgl. Beseler S. 304. Vorübergehende Verbindung oder Trennung ist einfluſslos.

Digitized by Google

sachen für sich selbständige Rechtsobjekte[30]. Jede von ihnen ist daher ein besonderer Gegenstand des Eigentums[31], kann mit einem besonderen Pfandrecht oder Niefsbrauch belastet sein und ist besonderem Besitz zugänglich[32]. Über jede von ihnen kann besonders verfügt und ein besonderer Rechtsstreit geführt werden. Ist aber an einer Einzelsache ein besonderes Rechtsverhältnis begründet, das dem an der Gesamtsache bestehenden Rechtsverhältnis widerstreitet, so gebührt ihm der Vorrang[33].

III. Unkörperliche Gesamtsachen. Eine unkörperliche Gesamtsache ist ein als einheitliches Rechtsobjekt anerkannter Inbegriff, dem nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Sachen als Bestandteile angehören können[34].

Als unkörperliche Gesamtsache läfst sich das Gesamtvermögen einer Person vorstellen, sobald es seinem Subjekt gegenüber objektiv verselbständigt wird. Die Behandlung des Gesamtvermögens als eines Sachganzen war dem älteren deutschen Recht geläufig[35]. Sie erhielt sich im preufsischen Landrechte[36] und ist

---

[30] Seltsamer Weise bestreitet dies Sokolowski S. 358 ff. — Im Falle der Herabminderung des Bestandes auf eine einzelne Sache vereinigt sich natürlich das Recht am Ganzen mit dem Recht an der Einzelsache, was das Sächs. G.B. § 63 besonders hervorhebt.

[31] Seuff. XXXVI Nr. 127 S. 182: „während nebenher das Eigentum an den einzelnen Stücken fortbesteht." Fremdes Eigentum an einer Einzelsache hebt bis zu ihrer Aussonderung die Zugehörigkeit zum Ganzen nicht auf. Im Falle der Übereignung der Gesamtsache erlangt der Erwerber an einer solchen Einzelsache dann das Eigentum, wenn hinsichtlich ihrer die Voraussetzungen des Eigentumserwerbes vom Nichtberechtigten erfüllt sind.

[32] Fremder Besitz an einer Einzelsache steht nicht nur, wenn der Herr der Gesamtsache den mittelbaren Besitz behält, sondern auch dann, wenn er den Besitz verloren hat, der Zugehörigkeit zur Gesamtsache nicht entgegen. Wird eine Bibliothek als Ganzes durch Übergabe übereignet, so ist darin mangels gegenteiliger Erklärung zugleich die Anspruchsabtretung zu finden, mit der nach B.G.B. § 931 auch das Eigentum an den ausgeliehenen und abhanden gekommenen Büchern übergeht.

[33] Preufs. L.R. I, 2 § 38: „Auch gehen die besonderen Rechte und Lasten einer Sache blofs durch die einseitige Handlung, vermöge welcher die Sache einem Inbegriff einverleibt wird, noch nicht verloren"; Sächs. Gb. § 63. Ebenso geht ein später an der Einzelsache erworbenes Recht den aus ihrer Zugehörigkeit zur Gesamtsache hergeleiteten Ansprüchen vor.

[34] Sie ist also stets „Vermögen" im objektiven Sinne; oben Bd. I 275 ff. Möglich ist natürlich, dafs sie zeitweise nur körperliche Sachen enthält.

[35] Dies beweisen die Vergabungen des ganzen Vermögens durch Auflassung, die dem Manne am Vermögen der Frau zugesprochene Gewere, die Regeln über den Erbschaftserwerb usw.

[36] Preufs. L.R. I, 2 § 33: Auch der Inbegriff aller einzelnen Sachen und

Digitized by Google

auch aus dem heutigen Recht nicht verschwunden, da das Vermögen als Ganzes den einheitlichen Gegenstand einer Rechtsnachfolge, einer Nutzniefsung und einer Vergemeinschaftung bilden kann[37]. In besonderer Ausprägung begegnet vielfach die Vergegenständlichung des Gesamtvermögens von juristischen Personen, namentlich von solchen Genossenschaften, deren Vermögen einer zwischen der Verbandsperson und ihren Mitgliedern geteilten Sachherrschaft unterliegt[38].

Vor allem aber gehören zu den unkörperlichen Gesamtsachen die als objektive Einheiten anerkannten Sondervermögen, zu denen sich Teilinbegriffe eines Gesamtvermögens oder mehrerer Gesamtvermögen zusammenschliefsen. Der Begriff des Sondervermögens, den das römische Recht nur in beschränktem Umfange entwickelt hat[39], ist vom deutschen Recht kräftig ausgebildet und mannigfach entfaltet worden[40]. Er spielt auch im geltenden Recht eine sehr bedeutungsvolle Rolle. Deutschrechtliche Sondervermögen sind: das Grundvermögen[41]; das Lehns-, Stammguts- und Fideikommifsvermögen[42]; die neuerdings ausgebildete Bahneinheit[43]; das Geschäftsvermögen des Kaufmanns[44]; das Schiffsver-

---

Rechte, die einem Menschen zugehören, kann als ein einzelnes Ganze angesehen werden. Eine Anwendung hiervon macht Anh. § 19 zu I, 11 § 646 beim Verpfändungsvertrage.

[37] B.G.B. § 1922, 1363, 1649, 1438. Bei der Vermögensübernahme unter Lebenden und dem Niefsbrauch am Vermögen wird die objektive Einheit des Ganzen wenigstens in Ansehung der zugehörigen Schulden wirksam; B.G.B. § 419, 1086—1088.

[38] Oben Bd. I 484 u. 539 ff.

[39] Bei der Dos und den Pekulien; zum Teil (durch hereditatis petitio und beneficium inventarii), jedoch keineswegs grundsätzlich auch bei der Erbschaft.

[40] Gierke, Gen.R. II 65, 930 ff., 962 ff.

[41] Die Auffassung des Vermögensinbegriffes, den ein Grundstück mit zugehörigen Sachen und Rechten und dinglichen Schulden bildet, als einer Sacheinheit liegt zahlreichen Erscheinungen zugrunde und tritt am deutlichsten bei der Zwangsvollstreckung in „das unbewegliche Vermögen" zutage. Vgl. auch R.Ger. LXII Nr. 42 S. 173—175.

[42] R.Ger. XXVI 141, XXXIV 234, LIV 104; Konk.O. § 52; für das Fideikomifsvermögen ausdrücklich Preufs. Entw. § 1. Vgl. Rosin, Jahrb. f. D. XXXII 353 ff. Unrichtig Bekker, Pand. I 152 ff.; richtiger früher in Z. f. d. g. H.R. IV 536. — Nach manchen älteren Bergordnungen auch das Bergvermögen; Beseler, D.P.R. § 207 B.

[43] Preufs. Ges. über die Bahneinheiten v. 8. Juli 1902 § 1—7; R.Ger. LI Nr. 23.

[44] Gierke, Genossenschaftsth. S. 456 ff.; Bekker, Pand. I 215; Cosack, H.R. § 14; R.Ger. XLVI Nr. 67. A.M. z. B. Behrend, H.R. § 37, Laband,

Digitized by Google

mögen[45]; die innerhalb des Vermögens von Ehegatten und von Hauskindern gesonderten Vermögensmassen[46]; die Erbschaft in der Hand des Erben[47] und der Nachlafs von Verbandspersonen[48]; die durch private oder öffentliche Zwecksatzung gebundenen unselbständigen Stiftungsmassen, Fonds und Kassen[49]; die Konkursmasse[50]; alles

---

Z. f. H.R. XXXI 2 ff., Regelsberger, Pand. I § 95 Anm. 11. Das Geschäftsvermögen des Einzelkaufmanns ist rechtlich freilich nur in einzelnen Beziehungen von dessen sonstigem Vermögen gesondert; allein insoweit, als dies der Fall ist, wird es auch rechtlich als einheitliches Ganze behandelt. Das neue H.G.B. § 25—28 bringt dies zu unzweideutigem Ausdruck.

[45] Ehrenberg a. a. O. S. 400 ff.; Cosack, H.R. § 32 VI; R.Ger. XXXII Nr. 2, XXXIII Nr. 18, XLV Nr. 11. Die Behandlung des Schiffsvermögens als Sondergut ist altes deutsches Recht.

[46] Gierke, Genossenschaftsth. S. 377 ff. u. 408 ff.; so auch nach dem B.G.B. eingebrachtes Gut und Vorbehaltsgut beim gesetzlichen Güterstande, Gesamtgut, Sondergut und Vorbehaltsgut bei den Gütergemeinschaften, unfreies und freies Vermögen des Kindes unter elterlicher Gewalt.

[47] Das deutsche Erbrecht beruhte durchweg auf der Behandlung der Erbschaft als eines dem Erben angefallenen Sondervermögens; im Falle einer Sondererbfolge spaltete sich der Nachlafs in mehrere Sondervermögen. Auch das B.G.B. verleiht der Erbschaft in erheblichem Umfange Sondergutsnatur; ist ein Testamentsvollstrecker ernannt oder ein Nacherbe vorhanden, so gewinnt die Erbschaft gesteigerte und ständigere Geschlossenheit.

[48] Vgl. oben Bd. I 572.

[49] Solche Sondervermögen gehören, obschon sie auch als Bestandteile des Gesamtvermögens einer Einzelperson vorkommen können, regelmäfsig zum Vermögen einer Verbandsperson. Durch Privatstiftung entstehen sie, wenn zwar keine Stiftungsperson geschaffen, aber auch nicht blofs eine Zuwendung unter einer Auflage gemacht, sondern eine Vermögensmasse als solche für einen bestimmten Zweck gewidmet und gesonderter Verwaltung unterstellt wird. Wie im Mittelalter (Gierke, Gen.R. II 962 Anm. 5, 963 Anm. 6, 964 Anm. 7), kommen auch heute solche stiftungsmäfsig gebundenen Sondervermögen innerhalb des Vermögens von Staaten, Kirchen, Gemeinden, Universitäten, Innungen usw. vielfach vor. Kraft öffentlichrechtlicher Zwecksetzung sind z. B. nach Reichsrecht innerhalb des Reichsvermögens der Reichsinvalidenfonds und der Reichskriegsschatz, innerhalb des Gemeindevermögens die Gemeindekrankenkassen (R.Kr.V.G. § 4—15), innerhalb des Innungsvermögens die Innungskrankenkassen (ib. § 73 u. R.Gew.O. § 100c), innerhalb mancher Berufsgenossenschaftsvermögen Versicherungsanstalten mit Nebenstatuten (Bau-U.V.G. § 16 ff., See-U.V.G. § 130 ff.) als Sondervermögen ausgestaltet. Ebenso nach Landesrecht mancherlei staatliche, kirchliche oder kommunale Fonds, bisweilen auch öffentliche Sparkassen, Leihhäuser, Versicherungsanstalten usw. Vgl. Bekker, Pand. § 69 Beil. III b; Regelsberger, Pand. I § 87; Dernburg, Preufs. P.R. § 51; Rosin, Arbeiterversicherung I 449 ff.; Bernatzik, Arch. f. öff. R. V 264 ff.; oben Bd. I § 77 Anm. 4—5, 17, 19 u. 20, § 78 Anm. 3; R.Ger. XXXII Nr. 80 S. 328, XXXIV Nr. 2 S. 5—7, Nr. 42 S. 184.

[50] Fitting, Das Reichskonkursrecht, Berlin u. Leipzig 1881, S. 23 ff.; R.Ger. XIV 307, XXIX 36, XXXIII 366.

Digitized by Google

Gesellschaftsvermögen[51], insbesondere das Handelsgesellschaftsvermögen und dessen Rückstände[52], und mancherlei sonstiges Gemeinschaftsvermögen[53].

Die Sondervermögen weisen untereinander grofse Verschiedenheiten auf. Für einige von ihnen bildet eine bestimmte körperliche Sache den unentbehrlichen Kern[54], während die anderen von keinem Sachkörper abhängen[55]. Durch sehr verschiedene Vorgänge und nach sehr verschiedenen Regeln vollzieht sich die Bildung und Auflösung, sowie die Mehrung und Minderung der Sondervermögen, mag nun dabei lediglich eine objektive Veränderung innerhalb des Gesamtvermögens des Vermögensherrn stattfinden[56] oder auch ein Subjektwechsel eintreten[57]. In erheblichem Umfange

---

[51] Wie im älteren deutschen Recht und im preufs. A.L.R., so wieder im B.G.B. § 718 ff. Im gemeinen Recht war gewohnheitsrechtlich mindestens die Wirksamkeit von Vereinbarungen, die ein Gesellschaftsvermögen als Sondergut verselbständigen, durchgedrungen; Rosin in Gruchots Beitr. XXVII 127 ff. Hierher gehört auch das Sammelvermögen; vgl. oben Bd. I 672 Anm. 43 und dazu jetzt B.G.B. § 1914. Über die Steigerung der Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens bei nicht rechtsfähigen Vereinen vgl. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit Kap. IV.

[52] Hier ist der Begriff des Sondervermögens nach dem Vorgange des R.O.H.G. durchweg in der Praxis und überwiegend auch in der Theorie angenommen; vgl. Laband, Z. f. d. g. H.R. XXXI 1 ff., Bekker I 215 ff., Gierke, Genossenschaftsth. S. 436 ff., 461 ff. Beiträge zum Nachweise der Einheit des Handelsgesellschaftsvermögens im älteren deutschen Recht liefert Rehme, Z. f. d. g. H. R. XLII 385 ff.

[53] Insbesondere nach deutsch. u. preufs. R. und jetzt nach B.G.B. § 2032 der Nachlafs als „gemeinschaftliches Vermögen" von Miterben; das „Gesamtgut" bei ehelicher Gütergemeinschaft und bei fortgesetzter Gütergemeinschaft; das Reedereivermögen.

[54] So ein Grundstück für das Grundvermögen, das Lehns-, Stammguts- und Fideikommifsvermögen (abgesehen von Geldlehen und Geldfideikommissen) und die Bahneinheit; ein Schiff für das Schiffsvermögen.

[55] Sie können daher auch aus lauter unkörperlichen Sachen bestehen.

[56] Die Sonderung oder Vereinigung der Vermögensmassen und die Grenzverschiebung zwischen ihnen vollzieht sich bald von Rechtswegen, bald durch eine darauf gerichtete Handlung des Vermögensherrn. Eine derartige Handlung ist in manchen Fällen formbedürftig und an behördliche Mitwirkung gebunden; so bei der Stiftung oder Erweiterung eines Familienfideikommisses, bei der Begründung oder Aufhebung einer Eigentümergrundschuld. Die Bahneinheit entsteht mit der Genehmigung zur Betriebseröffnung oder der früheren Eintragung in das Bahngrundbuch und hört mit dem Erlöschen der Genehmigung, jedoch wenn sie eingetragen ist, erst mit der Schliefsung des Bahngrundbuchblattes auf; Preufs. G. § 3.

[57] Ein Subjektwechsel ist stets auch mit der Bildung, Veränderung oder Auflösung von Gesellschafts- oder Gemeinschaftsvermögen durch Vergemein-

Digitized by Google

ist das Ersatzprinzip anerkannt, nach dem alles, was durch ein Opfer von Bestandteilen eines Sondervermögens erworben ist, in dieses Sondervermögen fällt; doch gilt auch dieses Prinzip nicht durchweg und nicht überall in gleicher Ausdehnung[58]. Was ein Sondervermögen kraft des Naturlaufs und ordentlicher Wirtschaftsführung an natürlichen und bürgerlichen Früchten hervorbringt, wächst ihm in den meisten Fällen zu; allein das Einkommen aus manchen Sondervermögen gehört zu einer anderen Vermögensmasse des Vermögensherrn oder entgeht diesem überhaupt[59]. Der Bestand des Sondervermögens ist bald der Verfügung des Vermögensherrn unterworfen, bald teilweise oder völlig seinem willkürlichen Eingriff entrückt[60]. Manche Sondervermögen sind nur zur Lösung einer vorüber-

---

schaftung oder Entgemeinschaftung verknüpft. Darum ist sie, wenn sie durch Willenserklärung erfolgt, rechtsgeschäftliche Veräufserung. Die Vergemeinschaftung, die mit dem Eintritt der allgemeinen Gütergemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft von Rechtswegen erfolgt, ist eine Art der Gesamtnachfolge. — Welcher von den gesonderten Vermögensmassen ein Vermögenserwerb zuwächst oder welche ein Vermögensverlust trifft, hängt zum Teil von Willenserklärungen ab; bei den Handelsvermögen dient als Mittel solcher Willenserklärungen der Gebrauch der Firma. Vielfach aber entscheiden zwingende oder doch subsidiäre gesetzliche Regeln.

[58] Nach dem B.G.B. gilt Surrogation in vollem Umfange für das eheliche Vorbehaltsgut (§ 1370) und Gesamtgut (§ 1473), das freie Kindergut (1638), die Erbschaft während der Erbengemeinschaft (§ 2041), der Belastung durch Nacherbschaft (§ 2111) und als Gegenstand des Erbschaftskaufs (§ 2374); Surrogation mit Einschränkungen für das Sondergut bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1524) und der Fahrnisgemeinschaft (§ 1554); Vermutung für Surrogation bei dem Frauengut unter ehemännlicher Verwaltung und Nutzniefsung (§ 1381 u. 1382) und dem Kindergut unter elterlicher Nutzniefsung (§ 1646). Surrogation mit Einschränkungen tritt beim Fideikommifsvermögen ein; Sächs. Ges. über Familienanwartschaften v. 7. Juli 1900 § 17, Preufs. Entw. § 25. — Vgl. dazu Kohler, Arch. f. b. R. XXII 8 ff.

[59] Die Nutzungen des Lehns- und Fideikommifsvermögens fallen ins Allodialvermögen des Besitzers; die Nutzungen des Sonderguts (Eingebrachten) der Ehegatten in Errungenschaftsgemeinschaft fallen ins Gesamtgut (§ 1525); die Nutzungen des Eingebrachten der Frau bei gesetzlichem Güterstande erwirbt der Mann, die des unfreien Kinderguts der Inhaber der elterlichen Gewalt.

[60] So ist nicht nur das Geschäftsvermögen des Einzelkaufmanns, sondern auch das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft freier Verfügung des Geschäftsherrn unterworfen, dagegen das Vermögen der Kommanditgesellschaft teilweise gebunden (Gierke, Genossenschaftsth. S. 460, 506 ff., 509 ff.). Das Grundvermögen ist (bis zur Beschlagnahme) frei, die Bahneinheit gebunden (Preufs. G. § 5—7). Die stärkste dauernde Gebundenheit findet sich beim Fideikommifsvermögen und bei den zweckbestimmten Fonds. Einer vorübergehenden Vinkulierung unterliegt die Konkursmasse, das einer Beschlagnahme unterworfene Sondervermögen, der Nachlafs von Verbandspersonen (oben Bd. I 573).

Digitized by Google

gehenden Aufgabe bestimmt, andere auf dauernden oder gar immerwährenden Bestand angelegt[61]. Überaus ungleich ist vor allem das Mafs rechtlicher Geschlossenheit, das den Sondervermögen im Verhältnis zu dem übrigen Vermögen ihres Subjektes eignet[62]. So ist die objektive Einheit des Sondervermögens von sehr verschiedener Art und Kraft. Ihre Entfaltung aber steht in lebendiger Wechselwirkung mit der rechtlichen Ausgestaltung des ihr auf seiten des Subjektes entsprechenden Verhältnisses. Wo sich die Vermögenssonderung mit der Unterscheidung mehrerer Rechtsstellungen derselben Person deckt, wirkt der besondere personenrechtliche Zustand, in dem sich das Subjekt des Sondervermögens als solches befindet, befestigend und verstärkend auf die objektive Einheit ein[63]. Auf der Nachwirkung erloschener Persönlichkeit beruht die vergängliche Selbständigkeit der Nachlafsvermögen. Und vor allem wird die Einheit der Gesellschafts- und Gemeinschaftsvermögen in dem Mafse, in dem das Prinzip der gesamten

---

[61] Vorübergehendem Zweck dient die Vermögenssonderung durch Konkurs, Liquidation oder Zwangsverwaltung, die Absonderung des Nachlasses, die Bildung eines Sammelvermögens. Der Bestand einer Erbschaft als Sondervermögen kann aber für einen längeren Zeitraum (jedoch nicht über 30 Jahre oder den späteren Eintritt gewisser persönlicher Ereignisse hinaus) durch verfestigte Erbengemeinschaft, Nacherbschaft oder Testamentsvollstreckung gesichert werden (B.G.B. § 2044, 2109, 2210). Die familienrechtlichen Sondervermögen sollen regelmäfsig so lange wie die Ehe oder der häusliche Verband, das Geschäftsvermögen so lange wie das Geschäft, die Gesellschafts- und Gemeinschaftsvermögen so lange wie die Gesellschaft oder Gemeinschaft bestehen. Das Fideikommifsvermögen und die unselbständigen Stiftungsvermögen sind auf immerwährende Dauer angelegt.

[62] Das geringste Mafs rechtlicher Geschlossenheit, das hinter dem vom Leben anerkannten tatsächlichen Verhältnis weit zurückbleibt, ist dem Geschäftsvermögen des Einzelkaufmanns zugestanden. Umgekehrt nähert sich die Geschlossenheit mancher Gemeinschaftsvermögen der eines Körperschaftsvermögens, die eines zweckgebundenen Fonds der eines Anstaltsvermögens. Fast ganz verselbständigt ist das Fideikommifsvermögen.

[63] So bei den familienrechtlichen Sondervermögen der familienrechtliche Zustand der Person; beim Lehnsvermögen die Vasallität; beim Handelsvermögen die durch die Firma als Sondernamen ausgedrückte kaufmännische Rechtsstellung; bei den zweckgebundenen Fonds die innerhalb des Organismus der zur Vermögensherrin berufenen Verbandsperson hergestellte besondere Willensorganisation für die Fondsverwaltung; bei dem Konkursvermögen die Stellung als Gemeinschuldner. Man kann hier von einer doppelten Personenrolle sprechen; Gierke, Genossenschaftsth. S. 458 ff. Nicht aber, wie neuestens wieder die Begründung des Preufs. Entw. zu einem Gesetz über Familienfideikommisse S. 33, von einem doppelten Rechtssubjekt.

Digitized by Google

Hand durchgeführt ist, durch den Einflufs der Personeneinheit der Teilhaber gesteigert[64]. Doch kommt dem Sondervermögen immer nur eine relative Selbständigkeit zu. Das Ziel einer vollkommenen Selbständigkeit kann es niemals erreichen. Denn mit der Zerreifsung eines Vermögens in mehrere durchaus getrennte Vermögen wäre die Persönlichkeit selbst gespalten. Soll daher ein Vermögen schlechthin aus allem Zusammenhange mit anderen Vermögen gelöst werden, so ist die Schöpfung einer besonderen Verbandspersönlichkeit erforderlich, in der es sein Subjekt findet[65]. Damit aber geht das Sondervermögen in das Gesamtvermögen einer juristischen Person über, dessen Struktur freilich der eines Sondervermögens sehr ähnlich bleiben kann[66].

---

[64] Oben Bd. I 676; Gierke, Genossenschaftsth. S. 363 ff., 377 ff., 456 ff. Denkbar ist auch die objektive Einheit von Gemeinschaftsvermögen ohne subjektive Verbundenheit der Teilhaber; a. a. O. S. 364 Anm. 1, S. 365 Anm. 1.

[65] Dagegen nimmt Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900, S. 220 ff., Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1901, S. 60 ff., „selbständige“ Sondervermögen an, die zwar keine juristischen Personen, aber auch nicht blofse Objekte, sondern gleich juristischen Personen rechtsfähige und namentlich parteifähige, durch Organe handelnde Subjekte sein sollen. Allein die Vorstellung einer Vermögensmasse, die ihr eigenes Subjekt wäre, ist (trotz der Fassung von C.Pr.O. § 17) überhaupt und erst recht dann, wenn dahinter eine Person oder Personenmehrheit als ihr Subjekt anerkannt wird, unvollziehbar. In den von Hellwig hierher gerechneten Fällen liegen die Gründe, die eine nicht der Art, sondern dem Grade nach von der Geschlossenheit der von ihm als „unselbständig“ bezeichneten Sondervermögen verschiedene objektive Vereinheitlichung der Sondervermögen ermöglichen, durchaus in der besonderen Struktur der subjektiven Zuständigkeit. Bei den unter Ausschlufs der Verwaltung des Vermögensherrn der Verwaltung eines unparteiischen Dritten unterstellten Sondervermögen (Anspruch und Klagerecht S. 220 ff.) ist durch Bestellung eines Treuhänders (oder doch eines Vertreters aus eigenem Recht) die Subjektstellung gespalten, indem von der Vermögensherrschaft die Macht zu ihrer Ausübung als Inhalt eines selbständigen Rechtes abgezweigt ist (vgl. Gierke in der Enzyklopädie von Holtzendorff-Kohler I 452). Bei der Handelsgesellschaft und dem nicht rechtsfähigen Verein (a. a. O. S. 266 ff.) ist durch die energische Ausprägung der gesamten Hand die Subjektstellung der Teilhaber in ihrer Verbundenheit verfestigt, wie ja hier auch das Hauptmittel der gegenüber anderem Gemeinschaftsvermögen gesteigerten Vermögensabsonderung ein die Personeneinheit ausdrückender Name (Firma, Vereinsname) ist.

[66] Dies zeigt z. B. ein Vergleich des hochadligen Hausguts oder auch des (im Sinne des preufs. L.R.) als Familiengut konstruierten Fideikommifsvermögens mit dem gemeinrechtlichen Fideikommifsvermögen; des Vermögens der Aktiengesellschaft oder auch der durch das neue H.G.B. zur juristischen Person erhobenen Aktienkommanditgesellschaft mit dem Aktienkommanditgesellschaftsvermögen des alten Rechts; des Vermögens eines rechtsfähigen

Digitized by Google

Bei dieser ungleichen Beschaffenheit der Vermögenseinheiten lassen sich aus dem Begriffe der unkörperlichen Gesamtsache einzelne Rechtssätze, die für jedes Gesamt- oder Sondervermögen zuträfen, nicht ableiten. Vielmehr ergibt sich nur die Möglichkeit bestimmter Rechtssätze, deren wirkliche Geltung für den einzelnen Typus des Vermögens von der Art und dem Mafse der Entfaltung einer objektiven Einheit abhängt. Gleichwohl ist der Begriff der unkörperlichen Gesamtsache nicht wertlos. Denn er bildet die gemeinsame Wurzel einer Fülle eigenartiger Erscheinungen, von denen das deutsche und moderne Recht durchwachsen ist.

Insoweit eine unkörperliche Gesamtsache als solche besteht, ist sie gleich der körperlichen Gesamtsache als einheitliches Ganze ein von der Summe der Einzelsachen verschiedenes und in deren Wechsel identisches Rechtsobjekt. Als nur ideell begrenzte Sacheinheit ist sie freilich ein unkörperlicher Gegenstand[67]. Allein in dem Umfange, in dem überhaupt das Sachenrecht auf unkörperliche Sachen anwendbar ist, läfst es sich auch auf unkörperliche Gesamtsachen übertragen[68]. Die unkörperliche Gesamtsache kann daher die Eigenschaft der Unbeweglichkeit oder Beweglichkeit annehmen[69]. Ihr kann ein räumlicher Mittelpunkt als Ort ihrer Lage im Rechtssinne angewiesen sein[70]. Sie bildet den Gegenstand

---

Vereins mit dem eines nicht rechtsfähigen Vereins; des selbständigen Stiftungsvermögens mit dem unselbständigen (z. B. der „Abfindungsstiftung" und „Ausstattungsstiftung" im Preufs. Entwurf eines Fideikommifsges. § 97—108 mit der „Familienkasse" im Sächs. G. § 43—49). Daher wird der Name „Sondervermögen" oft auch für solche Vermögen gebraucht.

[67] Dies gilt auch dann, wenn eine körperliche Sache den begrifflich notwendigen Hauptbestandteil bildet; oben Anm. 47. Doch kann dann der Hauptbestandteil die Natur des Rechtes am Ganzen bestimmen; so z. B. bei der Bahneinheit, den Schiffsparten (Seuff. XL Nr. 303), den Kuxen des alten Rechts. Vielfach wirken auch sonst gewisse körperliche Sachen, wenn sie vorhanden sind, qualifizierend auf die Vermögenseinheit ein; so z. B. Grundstücke im ehelichen Güterrecht. Dagegen löst sich bei den modernen kapitalistischen Vermögensinbegriffen die objektive Vermögenseinheit als reine Werteinheit völlig von den vorhandenen körperlichen Sachen ab.

[68] Unmittelbar anwendbar ist das liegenschaftliche Sachenrecht auf die Bahneinheit, da sie einem Grundstück gleichgestellt ist; Preufs. G. § 16.

[69] Oben § 101 III 4.

[70] Dies ist z. B. für liegenschaftliches Sondervermögen der Ort der belegenen Hauptsache, für das Schiffsvermögen der Heimatshafen, für das Handelsvermögen der Ort der Handelsniederlassung, für den Nachlafs der letzte Wohnsitz des Erblassers oder der Sitz der erloschenen Verbandsperson; dagegen wird das Gesellschaftsvermögen als solches durch den Sitz

Digitized by Google

eines einheitlichen Herrschaftsrechtes, das der deutschrechtlichen Auffassung als Eigentum erschien, jedenfalls aber, auch wenn es als Eigentum im technischen Sinne nicht anerkannt ist, als ein entsprechendes Vollrecht am Ganzen aufgefafst werden mufs[71]. Dieses Herrschaftsrecht kann in mehr oder minder gesonderte Anteile zerlegt werden, die als Anteile am Ganzen bestehen[72]. Begrenzte dingliche Rechte an unkörperlichen Gesamtsachen sind möglich und kommen in mancherlei Gestalt vor[73]. Der Besitz kann

der Personeneinheit, das Gesamtvermögen durch den Wohnsitz der Einzelperson oder den Sitz der Verbandsperson lokalisiert. Vgl. Dernburg, Preufs. P.R. I § 60, oben Bd. I 230, C.Pr.O. § 17, Seuff. L Nr. 207.

[71] Eigentum im technischen Sinne besteht an der Bahneinheit. Irgendwie aber schliefsen sich bei jedem Sondervermögen die Eigentumsrechte an unbeweglichen und beweglichen Sachen und die zugehörigen Gläubigerrechte und sonstigen Rechte zu einem einheitlichen Recht am Ganzen zusammen, das im Anschlufs an die Lebensanschauungen untechnisch als Eigentum bezeichnet werden kann. In diesem Sinne hat es keinen Anstand, dem Fideikommifsbesitzer am Fideikommifsvermögen, der Frau am Eingebrachten, dem Erben am Nachlafs, dem Gemeinschuldner an der Konkursmasse Eigentum zuzuschreiben, um ihre Stellung gegenüber den Anwärtern, dem Ehemann, dem Testamentsvollstrecker, der Gläubigerschaft zu charakterisieren, oder von gemeinschaftlichem Eigentum am Gesellschaftsvermögen, am ehelichen Gesamtgut, an der Miterbschaft zu sprechen. Aber auch die Vorstellung eines Eigentums am Gesamtvermögen drängt sich in den Fällen des genossenschaftlichen Gesamteigentums auf (oben Bd. I 539 ff.).

[72] Vgl. über Anteile an Sondervermögen, wie sie jetzt das B.G.B. am Gesellschaftsvermögen (§ 719), am ehelichen Gesamtgut (§ 1442) und am Nachlafs (§ 2033) ausdrücklich anerkennt und von den Anteilen an den einzelnen Gegenständen unterscheidet, oben Bd. I 678; über Anteile am Gesamtvermögen ib. 540. Auf solche Anteile kommen wir noch unten in § 122 zurück.

[73] Der Niefsbrauch an einem Vermögen gilt freilich nach B.G.B. § 1085 als Niefsbrauch an den einzelnen Gegenständen, hat jedoch besondere Wirkungen, in denen er sich als einheitliches Recht bewährt; vgl. über den Niefsbrauch an einem Handelsgeschäft Seuff. XLV Nr. 109. Dagegen sind die familienrechtlichen Nutzungsrechte am Frauen- und Kindergut dingliche Rechte an Vermögensganzen. — Die Grundpfandrechte ergreifen mit dem Grundstück das Grundvermögen. Sie können an einer Bahneinheit bestellt werden. — Einem Pfandrecht am Vermögen widerstrebt das moderne Recht; doch gibt es Pfandrechte am Schiffsvermögen und an Schiffsparten. — Dingliche Anwartschaftsrechte an einem Sondervermögen stehen den Lehns- und Fideikommifsanwärtern zu; ein dingliches Anwartschaftsrecht an der Erbschaft als solcher hat der Nacherbe. — Ein dingliches Recht am Nachlafs ist dem verwaltenden Testamentsvollstrecker zuzuschreiben. — Dinglicher Natur ist auch das Beschlagsrecht der Konkursgläubiger am Konkursvermögen (oben Bd. I 676 Anm. 64).

Digitized by Google

sich auf ein Vermögen als Ganzes richten[74]. Das Recht am Ganzen kann durch Gesamtnachfolge auf ein anderes Subjekt übergehen[75]. Eine rechtsgeschäftliche Verfügung über einen Vermögensinbegriff als solchen ist in erheblichem Umfange als möglich anerkannt[76]. Soweit dies nicht der Fall ist, kann eine rechtsgeschäftliche Übertragung im Ganzen, wenn sie auch durch Verfügung über die einzelnen Bestandteile verwirklicht werden mufs, doch als eine aus einheitlicher Willensentschliefsung entspringende und einheitliche Wirkungen hervorbringende Gesamthandlung vollzogen werden[77]. Auch

[74] Das B.G.B. § 2018 kennt „Erbschaftsbesitz“, der sich auf die Erbschaft oder Erbschaftsbestandteile als solche bezieht und nicht einmal Sachbesitz einzuschliefsen braucht (Strohal, Das deut. Erbrecht, Berlin 1901, S. 547). Man kann aber auch das Vermögen eines Verschollenen, ein Handelsgeschäft, ein Fideikommifsvermögen, einen zweckbestimmten Fonds besitzen.

[75] Gesamtnachfolge in das Gesamtvermögen ist die Erbfolge und die Sukzession in das Vermögen einer erloschenen Verbandsperson (oben Bd. I 570, dazu B.G.B. § 45 u. 88, vgl. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit Anm. 87, H.G.B. § 304 u. 306, Ges. über Gesellschaften m. b. H. § 81). Gesamtnachfolge in ein Sondervermögen die Lehns- und Fideikommifsfolge. Gesamtnachfolge bald in alles, bald in gewisses Vermögen der Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft. Gesamtnachfolge in einen Anteil an einem Sondervermögen das Anwachsen von Anteilen und das Einrücken in Anteile am Gesellschaftsvermögen und am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Partielle Gesamtnachfolge der Erwerb der ehemännlichen Verwaltung und Nutzniefsung am Frauengut, des Testamentsvollstreckungsrechtes am Nachlafs, des Beschlagsrechts am Konkursvermögen.

[76] Eine Verfügung über das Gesamtvermögen kann nach dem B.G.B. nur durch Rechtsgeschäft von Todeswegen, nicht, wie nach preufs. R. beim Verpfändungsvertrage (oben Anm. 36), durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erfolgen. Auch die Verfügung einer Verbandsperson über ihr Gesamtvermögen kommt nur als Verfügung über ihren Nachlafs vor (oben Bd. I 566 Anm. 36, B.G.B. § 45; diese Natur hat auch die im H.G.B. § 303 u. 307 erwähnte „Veräufserung des Vermögens im Ganzen“ durch eine Aktiengesellschaft). Unter den Sondervermögen ist die Bahneinheit als solche veräufserlich und belastbar. Die Bestellung eines Grundpfandrechtes trifft stets das Grundvermögen als solches; aber auch die Übereignung eines Grundstücks stellt sich vermöge der Erstreckung auf Realrechte und Zubehör und des von Rechtswegen mit ihr verbundenen Überganges von Miets- und Pachtzinsforderungen und vielfach auch Versicherungsforderungen als Übertragung eines Vermögensinbegriffes dar. Der Verfügung zugänglich sind, während die Erbschaft als Ganzes (abweichend von Preufs. L.R. I, 11 § 463 ff., vgl. R.Ger. XXXVI 321) nicht übertragen werden kann, die Anteile der Miterben. Desgleichen die Schiffsparten. Manche Anteile an Sondervermögen sind, obschon unübertragbar, der Pfändung unterworfen; C.Pr.O. § 859, 860 Abs. 2.

[77] So die Übertragung des Gesamtvermögens oder eines Bruchteils auf Grund eines dazu verpflichtenden (nach B.G.B. § 311 der gerichtlichen oder

die einheitliche prozessuale Verfolgung des Rechtes an einer unkörperlichen Gesamtsache ist möglich[78]. Insoweit aber ein Rechtsverhältnis hinsichtlich der Gesamtsache als solcher besteht oder eintritt, werden auch hier von ihm deren sämtliche jeweilige Bestandteile als solche umfafst, mithin gehörig eingefügte Vermögensgegenstände ohne weiteres ergriffen und gehörig ausgeschiedene Vermögensgegenstände ohne weiteres losgelassen. Diese Sätze gewinnen hier dadurch eine besondere Tragweite, dafs sie nicht nur für die körperlichen Sachen ohne Rücksicht auf deren verschiedenartige Beschaffenheit, sondern auch für die unkörperlichen Gegenstände gelten.

Eigentümliche Wirkungen entspringen namentlich aus der Erstreckung des objektiven Zusammenhangs auf die als Passivbestandteile eines Vermögens behandelten Schulden[79]. Die Einbeziehung der Schulden in den Begriff der Vermögenseinheit bedeutet eine entsprechende Belastung aller jeweiligen Aktivbestandteile des Vermögens[80].

---

notariellen Beurkundung bedürftigen) Vertrages mit den an die Vermögensübernahme geknüpften Wirkungen (§ 419); die Übertragung der Erbschaft infolge Erbschaftskaufes (§ 2371, 2382—2383); die Übertragung des Handelsgeschäftes (H.G.B. § 22, 25, 28). Desgleichen die Belastung des Vermögens, einer Erbschaft oder eines Handelsgeschäftes mit einem Nießbrauch (B.G.B. § 311, 1085—1089, H.G.B. § 22 Abs. 2).

[78] Das B.G.B. regelt den Erbschaftsanspruch als Gesamtanspruch (a. M. freilich Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 62 ff.). Aber auch eine einheitliche Klage auf Herausgabe des Vermögens einer aufgelösten Verbandsperson, eines Geschäftsvermögens, eines Fideikommißvermögens usw. muß zugelassen werden.

[79] Vgl. oben Bd. I 275 Anm. 24. Wie das Gesamtvermögen, so kann jedes Sondervermögen Passivbestandteile enthalten; es gibt Grundschulden, Lehns- und Fideikommißschulden, Schiffsschulden, Geschäftsschulden, Nachlaßschulden, Gesellschafts- und Gemeinschaftsschulden; zum Konkursvermögen gehören nicht bloß die Masseschulden, sondern auch die den Konkursforderungen entsprechenden Schulden des Gemeinschuldners (Fitting a. a. O. S. 24).

[80] Nach der Ansicht von Kipp b. Windscheid I 152 u. Hellwig, Rechtskraft S. 310 ff., sind im geltenden Recht die Schulden nur Belastungen und nicht Bestandteile des Vermögens; ebenso schon für das frühere Recht Birkmeyer S. 199 ff., 328 ff. Allein in dem Begriff der Last ist gerade die objektive Seite der Schuld und damit ihre gegenständliche Zugehörigkeit ausgedrückt. Als Vermögensbelastung gehört eben die Schuld der objektiven Vermögenseinheit an. Die Schuld als subjektive Verpflichtung geht natürlich in diesem objektiven Niederschlag nicht auf. Es ist möglich, daß eine Schuld überhaupt nicht als Vermögenslast und somit auch nicht als Passivum erscheint, es ist aber auch möglich, dafs bei einer Schuld die subjektive Verpflichtung fehlt. Man denke einerseits an die Verpflichtung zu einer persön-

Digitized by Google

Wenn daher eine Sonderung des Vermögens in mehrere Vermögensinbegriffe stattfindet, so sind die einem jeden Vermögensinbegriffe zugehörigen Schulden ordnungsmäfsiger Weise aus dessen Aktivbestandteilen zu decken. Den Gläubigern gegenüber ergibt sich hieraus zwar stets eine Haftung der belasteten Vermögensmasse, keineswegs jedoch notwendig die Nichthaftung des übrigen Vermögens[81]. Vielmehr wird einerseits durch die Haftung eines Sondervermögens für die ihm einverleibten Schulden die Haftung des übrigen Vermögens nur manchmal ganz ausgeschlossen[82], in anderen Fällen nur in den Hintergrund geschoben[83] und in wieder anderen Fällen überhaupt nicht berührt[84]. Andererseits ist das

lichen Dienstleistung, andererseits an die Eigentümergrundschuld. Darum deckt sich die „Belastung" auch durchaus nicht mit der „Haftung" des Vermögens. Regelmäfsig haftet der Schuldner mit dem belasteten Vermögen. Aber seine Haftung kann trotz Belastung des ganzen Vermögens durch eine Haftungsgrenze beschränkt sein oder umgekehrt trotz bloßer Belastung eines Sondervermögens sich auf alles Vermögen erstrecken.

[81] Entscheidend ist hierbei einerseits das Maß der Geschlossenheit des Sondervermögens, andererseits die Art der subjektiven Zugehörigkeit der Schuld.

[82] So im Bereiche der auf das Schiffsvermögen beschränkten Haftung des Reeders, der auf den Nachlaß beschränkten Haftung des Erben und des Rechtsnachfolgers einer Verbandsperson (oben Bd. I 570 u. 660), der auf das Fideikommißvermögen beschränkten Haftung für gewisse Fideikomißschulden (Preuß. Entw. § 70 u. 71 Abs. 2), nach älterem Bergrecht auch der auf das Bergvermögen beschränkten Haftung für Bergschulden (Beseler S. 946). Ebenso bei der auf das erworbene Vermögen beschränkten Haftung des Vermögensübernehmers, des Vermögensnießbrauchers und des Erbschaftskäufers aus B.G.B. § 419, 1086, 2383. Hierher gehört auch die ausschließliche Haftung des Grundvermögens für die rein dingliche Schuld. Desgleichen die auf das Gesamtgut beschränkte Haftung der Ehefrau für Gesamtgutsverbindlichkeiten als solche. Endlich kann nach der Parteiabsicht eine Schuld dergestalt begründet werden, daß für sie nur ein zweckbestimmtes Sondervermögen haftet; Krückmann a. a. O. S. 129 ff., Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 39 ff.

[83] Bloß subsidiär haftet z. B. nach gem. R. das Allodialvermögen für gewisse Lehns- und Fideikommißschulden, nach manchen Partikularrechten das Sondergut eines Ehegatten für gewisse Gemeinschaftsschulden. Desgleichen das übrige Vermögen der Gemeinde oder Innung für Kassenschulden einer Gemeinde- oder Innungskrankenkasse (Rosin, Arbeiterversich. I 450). Immer endlich während des Konkurses das freie Vermögen des Gemeinschuldners für die in den Konkurs gezogenen Schulden, sowie während des Gesellschaftskonkurses die Privatkonkursmasse (Konk.O. § 212, früher überhaupt das Privatvermögen) des persönlich haftenden Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden.

[84] So kann der Geschäftsgläubiger sich nach Belieben an das Privatvermögen oder anderes Geschäftsvermögen des Kaufmanns, der Lehns- und

Digitized by Google

Sondervermögen nur zuweilen von jeder Haftung für die ihm nicht zugehörigen Schulden des Vermögensherrn befreit[85], während es vielfach mindestens subsidiär für solche Schulden haftet[86] und oft ohne Einschränkung dem Zugriff aller oder gewisser Gläubiger unterliegt[87]. Dagegen bleibt im Verhältnis der Vermögensmassen zu einander die Schuldensonderung unabhängig von den Haftungsverhältnissen wirksam[88]. Demgemäfs können auch zwischen

---

Fideikommifsgläubiger regelmäfsig an das Allodialvermögen des Besitzers (Preufs. Entw. § 71), der Gläubiger einer Ehefrau aus Vorbehaltsgutsschuld an ihr Eingebrachtes (soweit nicht das Recht des Mannes entgegensteht), der Nachlafsgläubiger im Falle unbeschränkter Haftung des Erben an dessen sonstiges Vermögen, der Schiffsgläubiger aufser dem Falle beschränkter Haftung an das übrige Vermögen des Schuldners, der Gesellschaftsgläubiger an das Privatvermögen des mithaftenden Gesellschafters, der Gesamtgutsgläubiger an das Sondergut oder Vorbehaltsgut des Ehemanns halten.

[85] So regelmäfsig das Lehns- und Fideikommifsvermögen, früher bisweilen auch das Bergvermögen (Beseler S. 946). Desgleichen nach richtiger Ansicht das unselbständige Stiftungsvermögen (Bekker I 285, Kohler, Arch. f. b. R. III 281 ff., Regelsberger I 342), das Sammelvermögen (Krückmann a. a. O. S. 89 ff.), das für einen öffentlichen Zweck gebildete Sondervermögen z. B. Gemeinde- und Innungskrankenkassenvermögen (Rosin a. a. O. S. 450). Während seines Bestandes auch das Handelsgesellschaftsvermögen (H.G.B. § 124 Abs. 2); vor der Annahme der Erbschaft, während der Nachlafsverwaltung oder des Nachlafskonkurses, sowie unter der Verwaltung des Testamentsvollstreckers der Nachlafs (C.Pr.O. § 778, B.G.B. § 1984 Abs. 2, Konk.O. § 226, B.G.B. § 2214); während der Liquidation der Nachlafs der Verbandsperson; während des Konkurses über das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft das Gesamtgut (Konk.O. § 236). Endlich überhaupt gegenüber den Gläubigern, die nicht Masse- oder Konkursgläubiger sind, während des Konkurses jede Konkursmasse.

[86] So begegnet eine subsidiäre Haftung des Lehnsvermögens für gewisse oder (bei veräufserlichen Lehen) für alle Allodialschulden, in manchen Rechten auch eine blofs subsidiäre Haftung des Gesamtguts für gewisse Sonderschulden eines Ehegatten (Gierke, Genossenschaftsth. S. 404 Anm. 3). Auch gibt es Fälle blofser Ausfallshaftung des Fideikommifsvermögens gegenüber dem Allodialvermögen (Preufs. Entw. § 70 Abs. 2) und der Konkursmasse gegenüber abgesondertem Vermögen (Konk.O. § 64, 212, 234).

[87] So schlechthin das Handelsvermögen des Einzelkaufmanns; der Anteil des Gesellschafters bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, der Anteil des Miterben und die Schiffspart (C.Pr.O. § 858, 859); nach Beendigung der Gemeinschaft der Anteil am ehelichen Gesamtgut (ib. § 860 Abs. 2); bis zur Vinkulierung für die Nachlafsgläubiger nach Annahme der Erbschaft der Nachlafs; bis zur Beschlagnahme für die zu abgesonderter Befriedigung berechtigten Gläubiger das Grundvermögen und das Schiffsvermögen. Allen Gläubigern des Mannes, aber nur gewissen Gläubigern der Frau, haftet während seines Bestandes das eheliche Gesamtgut.

[88] Vgl. über die Schuldensonderung zwischen mehreren Geschäftsvermögen

Digitized by Google

den verschiedenen Vermögensmassen desselben Subjektes objektive Schuldverhältnisse bestehen, kraft deren eine Vermögensmasse zugunsten der anderen belastet ist und somit ein Passivbestandteil der einen in einem Aktivbestandteil der anderen wiedererscheint[89]. Geht ein Vermögen als einheitliches Ganze auf ein anderes Subjekt über, so werden davon notwendig auch die ihm zugehörigen Schulden ergriffen[90]. Bedarf es zur Übertragung im Ganzen der Über-

---

eines Kaufmanns Seuff. XLIII Nr. 39, zwischen Geschäftsvermögen und Privatvermögen ib. XXXIV Nr. 121 und XLIX Nr. 168. Vor allem im ehelichen Güterrecht ist die innere Schuldensonderung unabhängig von der äußeren Haftung (Gierke a. a. O. S. 404 ff.), wie dies in den zahlreichen Vorschriften des B.G.B. darüber, welche Schulden im Verhältnis der Ehegatten zueinander beim gesetzlichen Güterstande dem Eingebrachten oder Vorbehaltsgut der Frau, bei der Gütergemeinschaft dem Gesamtgut oder einem Sonder- oder Vorbehaltsgut zur Last fallen, durchweg zutage tritt. Vgl. auch über die Gesellschaftsschulden bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 35 ff.

[89] So zwischen Grundvermögen und beweglichem Vermögen bei der Eigentümergrundschuld; zwischen Lehns- oder Fideikommifsvermögen und Allodialvermögen (Preufs. Entw. § 72); zwischen Schiffsvermögen und sonstigem Vermögen des Reeders oder mehreren Schiffsvermögen desselben Reeders (R.Ger. XXXII Nr. 32); zwischen Geschäftsvermögen und Privatvermögen oder mehreren Geschäftsvermögen (R.O.H.G. XX Nr. 12); zwischen Nachlafs und Erbenvermögen (B.G.B. § 1976, Konk.O. § 225); zwischen den verschiedenen ehelichen Gütermassen (Seuff. XXX Nr. 250 u. 251, R.Ger. X Nr. 79 S. 278 ff.; Roth, D.P.R. I § 117, 127, Gierke, Genossenschaftsth. S. 377 ff., B.G.B. § 1417, 1466, 1539); zwischen getrennt zu verwaltenden Kassen einer Gemeinde (R.Ger. XXXIV Nr. 2); zwischen Konkursvermögen und freiem Vermögen des Gemeinschuldners (Fitting a. a. O. S. 23 Anm. 18 und S. 224 ff.). — Ist das subjektive Recht am Vermögen durch Unterstellung eines Sondervermögens unter Verwaltung aus eigenem oder amtlichem Recht gespalten (oben Anm. 65), so können die objektiven Rechtsbeziehungen zwischen den Vermögensmassen den Gegenstand von Rechtsgeschäften und Prozessen zwischen dem Gesamtvermögensherrn und dem Träger der Verfügungsmacht über das Sondervermögen bilden; vgl. Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 240 ff. u. 249 ff. (mit der unrichtigen Begründung aus Rechtssubjektivität des Sondervermögens). In noch stärkerem Maſse werden die Beziehungen zwischen einem Gesellschafts- und Gemeinschaftsvermögen und dem Einzelvermögen der Teilhaber durch den Unterschied der subjektiven Zugehörigkeit je nach der Ausbildung der Personeneinheit über den rein objektiven Bereich emporgehoben.

[90] Vgl. oben Anm. 75—76. So bei der Gesamtnachfolge kraft Erbganges oder Verbandsnachfolge (vgl. R.Ger. XXVI Nr. 64); bei der Nachfolge in ein Lehns-, Stammguts- oder Fideikommifsvermögen (R.Ger. XXXVI 141 ff., Preufs. Entw. § 68); bei der Vermögensverschmelzung durch Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft, aber auch bei dem Übergange der Nutznießung und Verwaltung am Frauengut auf den Mann (vgl. Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 320 ff., Rechtskraft S. 315 ff.); bei dem Einrücken in einen Anteil an

Digitized by Google

tragung der einzelnen Gegenstände, so ist an sich auch eine besondere Schuldübernahme erforderlich; in einer Reihe von Fällen jedoch tritt auch hier der Übergang der Schulden unmittelbar kraft Rechtssatzes ein[91].

Als Einzelsachen für sich bleiben die Bestandteile einer unkörperlichen Gesamtsache selbständige Rechtsobjekte. Als solche behalten sie ihre besondere Beschaffenheit[92]. Jede von ihnen bildet den Gegenstand besonderer Rechte[93]. Auch ist jede von ihnen besonderer Rechtsschicksale fähig und kann daher, soweit nicht gesetzliche Verbote oder Rechte Dritter entgegenstehen, einer besonderen Verfügung unterworfen oder bei einer auf das Ganze gerichteten Verfügung ausgenommen werden[94]. Immer aber geht auch hier bei einem Widerstreite das besondere Rechtsverhältnis der körperlichen oder unkörperlichen Einzelsache dem Rechtsverhältnisse der Gesamtsache vor.

§ 105. Hauptsache und Zubehör[1].

I. Überhaupt. Eine Verbindung von Sachen kann in der Weise stattfinden, dafs die eine als Hauptsache den herrschenden,

---

einem Gesellschafts- oder Gemeinschaftsvermögen; bei der Veräufserung eines Grundvermögens oder Schiffsvermögens. Immer zieht der Übergang der Schulden als Vermögensbelastungen die Haftung des Erwerbers mit dem belasteten Vermögen nach sich. Im übrigen aber ist das Haftungsverhältnis wieder ungleich geregelt, indem einerseits persönliche Haftung des Erwerbers hinzutreten kann (nur hierin liegen die in H.G.B. § 27 u. 130 enthaltenen Abweichungen vom bürgerlichen Recht), andererseits Forthaftung des ursprünglichen Schuldners vorkommt.

[91] Es sind dies die in Anm. 77 erwähnten Fälle; vgl. dazu Hellwig, Rechtskraft S. 313 ff. Hier haftet stets der bisherige Schuldner bis zur Befreiung aus besonderem Grunde fort. Dagegen wird eine persönliche Haftung des Erwerbers nur bei der Übernahme eines Handelsgeschäfts und dem Eintritt in ein Handelsgeschäft als Handelsgesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar durch Rechtssatz begründet (H.G.B. § 25, 28).

[92] Die körperlichen Gegenstände bleiben daher unbewegliche oder bewegliche Sachen; dies gilt auch für die einem beweglichen Sondervermögen einverleibten Grundstücke und für die einem Grundvermögen, einer Bahneinheit, einem Fideikommifsvermögen einverleibten beweglichen Sachen.

[93] Die Verschiedenheit des Rechts am Ganzen und der Rechte an den einzelnen Gegenständen ermöglicht namentlich auch die Unterscheidung der Anteile an einem Sondervermögen von den Anteilen an den einzelnen Gegenständen; oben Anm. 72, C.Pr.O. § 859—860.

[94] Einschränkungen ergeben sich aus der Gebundenheit mancher Sondervermögen; oben Anm. 60. Vgl. ferner H.G.B. § 23.

[1] Funke, Die Lehre von den Pertinenzen, Chemnitz 1827. Kohler,

Digitized by Google

die andere als Zubehör (Hülfssache, Pertinenz) einen dienenden Bestandteil eines Sachganzen bildet. Durch eine solche Verbindung büfst die Hauptsache nichts von ihrer Selbständigkeit ein, gewinnt aber eine erweiterte gegenständliche Bedeutung. Die Zubehörstücke dagegen bleiben zwar zum Unterschiede von blofsen Sachteilen Einzelsachen für sich[2], treten jedoch für die Dauer und den Bereich der Verbindung in einen Zustand der Abhängigkeit von der Hauptsache[3].

Der Pertinenzbegriff durchdrang im älteren deutschen Recht den gesamten Aufbau der Rechtsverhältnisse[4]. Zumal in der Anwendung auf die Beziehungen der Grundstücke zu einander und zu Fahrnisstücken und Rechtsamen stellte er eine reiche Gliederung der Sachenwelt her, durch welche die Macht- und Pflichtbereiche der Subjekte vielfach bestimmt und zum Teil fast verdeckt wurden[4]. Dabei durchlief die objektive Zugehörigkeit verschiedene Stufen der Mittelbarkeit und erfuhr mancherlei Abtönungen. Mit der

---

Zur Lehre von den Pertinenzen, Jahrb. f. D. XXVI (1888) S. 1 ff. P. Wäber, Die Pertinenz im modernen Recht mit bes. Berücks. des bern. Civilgesetzbuchs, Bern 1899. — Über röm. u. gem. R.: Wächter, Württ. P.R. II § 41, Pand. I § 65. Kierulff S. 330 ff. Windscheid I § 143. Dernburg, Pand. I § 77. Bekker I § 74. Regelsberger I § 102. Sokolowski, Die Philosophie im Privatr. S. 337 ff., 373 ff. — Deut. Privatr.: Beseler § 77. Bluntschli § 52. Maurenbrecher I § 185—187. Gengler § 37. Stobbe I § 65. Roth I § 81. Franken § 18. Gerber-Cosack § 50. — Partikularrechte: Dernburg, Preufs.P.R. I § 62. Roth, Bayr. C.R. I § 56. Unger, Öst. P.R. I § 55; Krainz I § 94—96. Zachariae, Französ. C.R. I § 103 (170) und 106 (173); Crome, Allg. T. § 18. Huber, Schweiz. P.R. III 30 ff. Erdmann, Esth-, Kur- u. Livländ. P.R. I § 31 V. — Deut. bürg. R.: Komm. zum B.G.B. §§ 97—98 v. Planck, Hölder, Riezler (b. Staudinger). Eck I § 25. Hellmann S. 43 ff. Cosack I § 41 II. Endemann I § 54, II § 6 Z. 3. Dernburg III § 6. Enneccerus I § 49. Kuhlenbeck I 277 ff. Crome I § 60. Rehbein S. 86 ff. Leonhard S. 177 ff. Kohler I 473 ff.

[2] Die Unterscheidung von Bestandteil und Zubehör, die früher geringe Beachtung fand und für das ältere deutsche Recht infolge der Zulassung besonderer Rechte an Sachteilen keine grofse Bedeutung hatte, ist für das heutige Recht von durchgreifender Wichtigkeit. Vgl. bes. Unger I 437 ff., Kohler, Jahrb. a. a. O. S. 30 ff., Bekker I § 313, Regelsberger I § 102, Wäber a. a. O. S. 61 ff.; R.Ger. II Nr. 69, IX Nr. 39, XXXVI Nr. 66; Seuff. XXXVI Nr. 15, XLIV Nr. 164, LIII Nr. 3.

[3] Wo eine solche Abhängigkeit nicht besteht, wie zwischen Messer und Gabel, liegt kein Pertinenzverhältnis vor. Unrichtig Sokolowski S. 396 (es bestehe kein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Verhältnis der Pertinenz zur Hauptsache und den Substraten eines Sachinbegriffs).

[4] Vgl. Gierke, Gen.R. II 64, 79 ff., 542 ff.; Heusler, Inst. I § 72; Kohler S. 132 ff. (auch über altfranzös. R.); Huber IV 688 ff.

Digitized by Google

Auflösung der alten Grundbesitzordnung und mit der Verselbständigung der Persönlichkeit verlor der deutsche Pertinenzbegriff seinen allumfassenden Inhalt. In engerem Rahmen aber wahrte er auch nach Aufnahme des römischen Rechts, dessen Pertinenzbegriff von geringer Tragweite war[5], lebendige Kraft. Das moderne Recht hat unter dem Einflusse deutscher Rechtsgedanken die Bedeutung der Sachzugehörigkeit wieder erhöht[6].

II. Begründung. Damit eine Sache als Zubehör einer anderen Sache gelte, mufs zwischen beiden eine bestimmte tatsächliche Verbindung hergestellt und zur rechtlichen Verbindung erhoben sein.

1. Die tatsächliche Verbindung mufs so beschaffen sein, dafs die Zubehörsache sich der Hauptsache, ohne ihr Bestandteil zu werden, als abhängiger Bestandteil eines Sachganzen angliedert. Hierzu gehört, dafs sie in den Dienst des von der Hauptsache getragenen wirtschaftlichen Zweckes gestellt ist[7]. Dieser Zweckzusammenhang aber mufs die Sachen selbst in gegenständlicher Weise verknüpfen. Darum mufs die Zubehörsache zu der Hauptsache in einem solchen räumlichen Verhältnisse stehen, wie es der gemeinsamen Zweckbestimmung entspricht[8]. Darum mufs ferner die Zubehörsache zur dauernden Unterstützung des bestimmungsmäfsigen Gebrauches der Hauptsache berufen sein, nicht blofs diesem oder jenem Besitzer der Hauptsache vorübergehende Dienste leisten[9]. Darum mufs endlich die Zweckgemeinschaft unter einen vom Leben ausgebildeten Typus fallen, den die Verkehrsanschauung als geeignet ansieht, das Verhältnis von

[5] Göppert, Über die organischen Erzeugnisse (1869) S. 55 ff.; Kohler S. 9 ff. — Sokolowski S. 337 ff. leugnet überhaupt sein Vorhandensein.

[6] Preufs. L.R. I, 2 § 42 ff. Code civ. Art. 524—525. Öst. Gb. § 294 ff. Sächs. Gb. § 65 ff. Zürch. Gb. § 50 ff.; andere Schweiz. Gb. b. Huber III 27 ff. Balt. P.R. Art. 567 ff — B.G.B. § 97—98. Schweiz. Entw. § 647—648.

[7] Es ist ein zu enger Ausdruck, wenn, wie auch im B.G.B. § 97, nur vom „wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache" geredet wird. Vielmehr handelt es sich um einen gemeinsamen Zweck, den oft die Hauptsache für sich allein (z. B. das Landgut oder das Fabrikgebäude) gar nicht erfüllen kann.

[8] Sächs. Gb. § 65; B.G.B. § 97; Schweiz. Entw. § 647 Abs. 2. Körperliche Verbindung ist möglich, aber nicht notwendig. Eine Maschine kann schon Zubehör sein, wenn sie noch auf dem Fabrikhofe lagert; R.Ger. LI Nr. 65; Entsch. b. Scherer, Das dritte Jahr Nr. 223 zu III 2a u. c. Gondeln auf einem hinzugepachteten Nachbarteich können Zubehör eines Restaurationsgrundstücks sein; R.Ger. XLVII Nr. 44.

[9] Preufs. L.R. I, 2 § 42; Öst. Gb. § 294; Sächs. Gb. § 65; B.G.B. § 97; Schweiz. Entw. § 648.

Digitized by Google

Hauptsache und Zubehör zu begründen[10]. Ohne die Verwirklichung eines solchen äufseren Tatbestandes entsteht niemals eine Sachzugehörigkeit. Für den einzelnen Fall kann freilich, soweit die Verfügungsfreiheit reicht, willkürlich eine Sache in Abhängigkeit von einer anderen Sache gesetzt werden. Allein die Erzeugung objektiver Sachzugehörigkeiten ist dem Belieben entzogen[11].

2. Andererseits mufs jedoch die Verbindung zwischen den Sachen stets zugleich als rechtliche Verbindung hergestellt sein. Die Zubehöreigenschaft kann nicht, wie die Bestandteilseigenschaft, durch einen Naturvorgang oder durch beliebigen Eingriff eines Dritten entstehen. Vielmehr fordert sie eine innere rechtliche Beziehung, die durch Herbeiführung des äufseren Zustandes nur dann geschaffen wird, wenn sich darin ein zur Änderung der Rechtslage der Objekte geeignetes menschliches Handeln offenbart. Deshalb kann vor allem ein Zugehörigkeitsverhältnis nur begründen, wer die erforderliche Verfügungsmacht über die zu verbindenden Sachen als Eigentümer oder Eigenbesitzer hat[12]. Der regelmäfsige Fall ist die Verbindung durch den Eigentümer oder Eigenbesitzer beider Sachen. Allein wer die Verfügungsmacht über die Hauptsache hat, kann ihr auch eine fremde Sache, die er als fremde anerkennt, mit Zustimmung ihres Eigen-

---

[10] B.G.B. § 97 (in negativer Fassung zur Regelung der Beweislast).

[11] Die ältere Theorie nahm neben den „gesetzlichen" Pertinenzen „gewillkürte" an; so noch Wächter, Württ. P.R. II 250 ff., Pand. I § 65, Maurenbrecher § 186, Beseler § 77, Gerber § 50, Gengler § 37, Roth D.P.R. I § 81. Hiergegen vgl. Unger I 447 ff., Kohler S. 41 ff., Krainz I 216, Erdmann I 159, Regelsberger I 389, R.Ger. XV 216. Doch ging der Begriff der gewillkürten Pertinenz in einige Gesetze über; vgl. Bayr. L.R. II, 2 § 14 u. Hyp.Ges. v. 1. Juni 1822 § 34 (Pertinenzierung durch Eintragung), Öst. Gb. § 294, Zürch. Gb. § 50—56 u. Ges. f. Basel Stadt und Land (innerhalb bestimmter objektiver Grenzen). Auch der Schweiz. Entw. § 647 Abs. 2 führt alternativ die übliche Auffassung oder den klaren Willen des Eigentümers als Bestimmungsgrund für das Abhängigkeitsverhältnis an.

[12] Manche Gesetze, wie Preufs. L.R. I, 2 § 60, 108, Code civ. Art. 524, 525, Österr. Gb. § 294 u. Berner Gb. Art. 345, sprechen nur von der Verbindung durch den „Eigentümer". Dem Eigentümer mufs aber auch hier der Eigenbesitzer gleichgestellt werden; vgl. Unger I 499, Wäber S. 135 ff.; a. M. Krainz I 217, auch Kohler S. 69 (der nur den titulierten Eigenbesitzer gleichstellt). Das B.G.B. schweigt über die Frage, wer ein Pertinenzverhältnis herstellen kann. Man darf hieraus nicht (wie Leonhard S. 118 Anm. 5) folgern, dafs Jedermann dazu imstande sei, ebensowenig aber (wie Endemann I § 54 Anm. 18) Eigentum fordern. Vielmehr ist auch nach dem B.G.B. Eigenbesitz erforderlich und ausreichend; Matthiafs I § 42, Hölder S. 220, Hellmann, Krit. V. J. Schr. XL 195.

Digitized by Google

tümers als Hülfssache angliedern[13]. Und umgekehrt kann man eine eigne Sache zur Pertinenz einer fremden Hauptsache machen[14]. Denn durch die Begründung des Pertinenzverhältnisses werden an sich die Eigentumsverhältnisse nicht verändert[15]. Somit können Sachen verschiedener Eigentümer mit einander als Hauptsache und Zubehör verbunden werden, ohne ihren Eigentümer zu wechseln[16]. Die abweichende Auffassung des preufsischen Landrechts, nach der im Falle der Eigentumsverschiedenheit ein Pertinenzverhältnis nicht entsteht[17], ist durch die neuere Entwicklung überwunden. Die Verbindungshandlung mufs sich aber ferner, um den sachenrechtlichen Erfolg zu haben, als gültige Willenstat darstellen[18]. Mithin mufs ein auf die dauernde Widmung der Hülfssache für den Dienst der Hauptsache gerichteter Wille, obschon nicht in Worten erklärt, doch durch die Handlung betätigt sein[19]. Hierbei ent-

[13] Unger I 443 ff., Beseler S. 305, Stobbe I 618, Wäber S. 138; Seuff. XXIX Nr. 5, XXXIV Nr. 183, XXXIX Nr. 6. A. M. Kohler S. 69 ff., Roth, Bayr. C.R. a. a. O. Anm. 20—21, Krainz I 216 ff. — Wider den Willen des Eigentümers kann eine Sache ohne Eigentumsanmafsung nicht zur Hülfssache herabgesetzt werden; Seuff. XLVIII Nr. 274, R.Ger. XXVII Nr. 77.

[14] So kann der Niefsbraucher, Mieter oder Pächter der Hauptsache ihr eine eigene Sache als Zubehör anfügen; Seuff. XVII Nr. 207, XVIII Nr. 8, Regelsberger I 390, Zachariae-Crome I 286 Anm. 22, Wäber S. 134 Anm. 2. A. M. Kohler S. 70 ff. — Einer Mitwirkung des Eigentümers der Hauptsache bedarf es nicht, da diese ja nur einen Zuwachs erfährt.

[15] R.Ger. XXVIII Nr. 32 u. Seuff. XLIX Nr. 77 I; auch R.Ger. XXXIII Nr. 64 S. 276. Kohler S. 67 u. 76.

[16] Nach dem B.G.B. steht dies aufser Zweifel. Aber auch für das gemeine Recht nahm die Praxis die Wirksamkeit eines Eigentumsvorbehalts an einer gelieferten Maschine, Mühleneinrichtung usw. trotz bewirkter oder gestatteter Pertinenzierung an; Seuff. XXIX Nr 5, XXXIV Nr. 183, XLV Nr. 72, R.Ger. IX Nr. 39. Ebenso hielt sie Pertinenzierung durch den Mieter unter Fortbestand seines Eigentums und Besitzes an der Hülfssache für möglich. Vgl. Unger I 443 ff., Wächter, Pand. I § 65 S. 303, Beseler S. 305, Stobbe I § 65 Anm. 6, Bekker I 313, Regelsberger I 387. A. M. Roth, Bayr. C.R. I § 115 Anm. 26, D.P.R. I § 81 Anm. 21, Förster-Eccius I § 21 Anm. 38.

[17] Preufs. LR. I, 2 § 60 u. 108; vgl. Entsch. des O.Trib. LXVI 4, R.Ger. XXXIII Nr. 64 (wo aber der Gegensatz zwischen gemeinem und preufsischem Recht nicht scharf erfafst und die Pertinenzfrage von der Eigentumsfrage nicht gehörig geschieden wird). — Für das französ. R. wird bisweilen dasselbe angenommen; R.Ger. XXXVIII Nr. 100; vgl. aber Wäber S. 140.

[18] Kohler S. 74. Ein Rechtsgeschäft liegt nicht vor; oben § 100 a. E. Allein es gelten analoge Regeln in bezug auf Willensfähigkeit und Willensmängel, Vertretung usw.

[19] Eine ausdrückliche Willenserklärung in bestimmter Form wird für die Herstellung gewillkürter Zubehörungen im Bayr. Hyp.G. § 34 u. im Zürch. Gb. § 55 gefordert (oben Anm. 11).

Digitized by Google

springt aus den gesetzlichen Fesstellungen einzelner Typen von Pertinenzverhältnissen eine Vermutung für den entsprechenden Willensinhalt einer Handlung, durch die der typische Tatbestand verwirklicht wird[20]. In zweifelhaften Fällen aber ist für Willensauslegung Raum[21]. Nur kann, wo ein bestimmtes Verhalten als unzweideutiger Ausdruck des Verbindungswillens erscheint, die verbindende Wirkung des Realaktes durch eine entgegengesetzte Willensmeinung und selbst durch einen ausdrücklichen wörtlichen Vorbehalt nicht ausgeschlossen werden[22].

III. Wirkung. Das Pertinenzverhältnis begründet einen objektiven Rechtszustand; es verbindet Hauptsache und Zubehör zu einem eigentümlichen Sachganzen, das als solches in das Sachenrecht tritt. Die entgegengesetzte Auffassung, die dem Pertinenzbegriffe nur eine subjektive Bedeutung im Sinne vermuteter rechtsgeschäftlicher Zusammenfassung beimifst, widerspricht sowohl der geschichtlichen Entwicklung wie dem modernen Verkehrsbedürfnisse. Mit ihren Sätzen über Hauptsache und Zubehör will die Rechtsordnung nicht blofs eine sachgemäfse Auslegung von Willenserklärungen sichern, sondern der Zusammengehörigkeit von Sachen, die einander ergänzen und erst in ihrer Verbindung eine bestimmte wirtschaftliche Aufgabe erfüllen, die vom Kulturzwecke geforderte Geltung verschaffen[23].

Demgemäfs erscheint das aus Hauptsache und Zubehör zusammgesetzte Sachganze als ein einheitliches Rechtsobjekt, das von den an ihm begründeten Rechtsverhältnissen und von den

---

[20] In diesem Sinne gibt es „präsumptive" Pertinenzen. Hierauf ist zum Teil die ältere Unterscheidung gesetzlicher und gewillkürter Pertinenzen zurückzuführen; vgl. Krainz I 217, Preufs. L.R. I, 2 § 42.

[21] Verbindet der Mieter eine eigene Sache mit der Hauptsache, so ist gegen Pertinenzierungsabsicht zu vermuten; Seuff. XVIII Nr. 8, Unger I 449 ff.

[22] Vgl. z. B. Erk. des Obst.L.G. f. Bayern b. Seuff. XLV Nr. 73. Der Vorbehalt ist hier eine protestatio facto contraria; oben Bd. I 329.

[23] Vgl. bes. Kohler S. 3 ff., Dernburg, Preufs. P.R. I § 62, Regelsberger I 388; auch Verh. des XX. Deut. Juristentages III 122 ff., 145 ff., IV 138 ff. — Den rein subjektiven Standpunkt vertreten z. B. Wächter a. a. O., Randa, Besitz S. 532 Anm. 5c., Erdmann I 159, inbes. aber Göppert a. a. O. S. 55 ff., der folgerichtig den Pertinenzbegriff ganz streichen will. Ebenso O.L.G. Stuttgart b. Seuff. XLIX Nr. 139 u. R.Ger. XXXVIII Nr. 32 S. 148: „Da nach der richtigen und heutzutage wohl allgemein angenommenen Ansicht die Bedeutung des Begriffs der Zubehörung nur diejenige einer Auslegungsregel für Verträge der verschiedensten Art und für andere Willenserklärungen ist." Über Entw. I vgl. Gierke, Entw. S. 290 ff.

Digitized by Google

ihm bereiteten Rechtsschicksalen in seinem jeweiligen Gesamtbestande betroffen wird. Weil aber Trägerin der Sacheinheit die Hauptsache ist, prägt sich die zwischen den verbundenen Sachen bestehende Schicksalsgemeinschaft hier in dem Satze aus, dafs die Zubehörsache den rechtlichen Schicksalen der Hauptsache folgt[24]. Dieser Satz ist freilich im B.G.B. nicht allgemein ausgesprochen, liegt jedoch einer Reihe von Einzelbestimmungen zu Grunde. Durchweg gilt die Regel, dafs die rechtsgeschäftlich begründete Verpflichtung zur Veräufserung oder Belastung der Hauptsache sich im Zweifel auf das Zubehör erstreckt[25]. In den wichtigsten Fällen aber ergreift auch die sachenrechtliche Übereignung oder Belastung der Hauptsache unmittelbar das Zubehör[26]. Ebenso treffen in erheblichem Umfange sonstige sachenrechtliche Schicksale, denen die Hauptsache unterliegt, mit ihr zugleich das Zubehör[27]. Dabei entscheidet über Art und Inhalt des Rechtsverhältnisses in Ansehung des Sachganzen und über die Formen seiner Begründung,

---

[24] So ausdrücklich Preufs. L.R. I, 2 § 105. Vgl. auch Seuff. XLV Nr. 73.

[25] B.G.B. § 314, 418 Abs. 1, 926 Abs. 1 S. 2, 1096 S. 2; ebenso für das Vermächtnis § 2164. Vgl. Schweiz. Entw. § 647 Abs. 1: „Die Verfügung über die Sache bezieht sich, wenn keine Ausnahme gemacht wird, auch auf ihr Zugehör." Zugrunde liegt nicht etwa die Mutmafsung eines auf Zusammenfassung gerichteten Parteiwillens, vielmehr wird der objektive Bestand des schon durch Nennung der Hauptsache ausgedrückten Sachganzen wirksam, wenn nicht ein gegenteiliger Parteiwille erklärt ist; vgl. oben § 104 Anm. 26, Kohler S. 5 ff., Regelsberger I 388, Wäber S. 157, Seuff. XXXVIII Nr. 287.

[26] Dies gilt nach B.G.B. für die Übereignung eines Grundstücks (§ 926), sowie für die Belastung eines Grundstücks mit einem Niefsbrauch (§§ 1031, 1062) oder einem Vorkaufsrecht (§ 1096). Ohne weiteres ergreift das Grundpfandrecht (§ 1120) und die Reallast (§ 1107), sowie das Schiffspfandrecht (§ 1265) die Zubehörsachen. Dagegen müssen bei der Übereignung oder Belastung beweglicher Sachen die Erfordernisse der dinglichen Rechtsänderung auch hinsichtlich der Zubehörsachen erfüllt sein, um den sachenrechtlichen Erfolg herbeizuführen. Über andere Gesetze vgl. Wäber S. 164 ff.

[27] So folgt das Zubehör dem Grundstück bei der ehelichen Fahrnisgemeinschaft (B.G.B. § 1551) und bei der gesetzlichen Erbfolge (B.G.B. § 1932), namentlich bei der Sondererbfolge in ein Lehen, Stammgut oder Anerbengut. Regelmäfsig trifft auch die Enteignung zugleich das Zubehör. Immer umfafst die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen das Zubehör (C.Pr.O. § 865), das von der Beschlagnahme und von der Zwangsversteigerung der Hauptsache unmittelbar ergriffen wird (Zw.V.G. § 20, 55, R.Ger. XIX Nr. 61). Vgl. Kohler S. 76 ff., Regelsberger I 387. — Auch Besitz an der Hauptsache nebst Zubehör als Sacheinheit ist möglich; Preufs. L.R. I, 7 § 52, R.Ger. XV 258; a.M. Unger I 442 ff., Stobbe I 618, Randa, Besitz S. 533. Ebenso einheitliche Rechtsverfolgung: Bekker I 310, 312; a.M. Unger I 443 Anm. 17, 445, Stobbe § 65 Anm. 6, Wäber S. 164.

Digitized by Google

Veränderung oder Aufhebung stets die Beschaffenheit der Hauptsache[28]. Und soweit die sachenrechtliche Schicksalsgemeinschaft reicht, werden neu hinzutretende Zubehörstücke dem an der Hauptsache bestehenden Rechtsverhältnisse von selbst unterworfen[29], gehörig abgesonderte Zubehörstücke ihm von selbst entrückt[30].

Gleichwohl bleiben Hauptsache und Zubehör als Einzelsachen besondere Rechtsobjekte[31]. Die Zubehörsache kann daher andere rechtliche Eigenschaften als die Hauptsache haben[32]. Ein besonderer Besitz findet an ihr statt[33]. Sie bildet einen selbständigen Gegenstand des Eigentums und der begrenzten dinglichen Rechte[34]. In Ermangelung abweichender Rechtsvorschriften kann

---

[28] Darum werden bewegliche Sachen als Zubehörstücke eines Grundstücks der Übereignung durch Auflassung und Eintragung, der Belastung mit einer Hypothek oder Grundschuld, der liegenschaftsrechtlichen Zwangsvollstreckung usw. zugänglich. Zubehörsachen eines Schiffs nehmen, wenn das Schiff selbst ohne Übergabe übereignet wird (H.G.B. § 474), an dem Eigentumsübergange durch bloße Einigung teil.

[29] Vgl. Sächs. Gb. § 66; Kohler S. 96 ff.; a. M. Unger I 444 ff. Allgemein anerkannt ist das Prinzip bei Nießbrauch und Pfandrecht; Kohler S. 98 ff., Wäber S. 169 ff.; vgl. Preuß. L.R. I, 20 § 443, 446, Österr. Gb. § 457, Sächs. Gb. § 410, B.G.B. § 1120.

[30] R.Ger. III Nr. 84; Preuß. L.R. I, 20 § 445; B.G.B. § 1121—1122; Wäber S. 173 ff.

[31] Kohler S. 67 ff. Vgl. Erk. des Obst.L.G. f. Bayern b. Seuff. XXXVI Nr. 15 (zwischen Grundstücken, deren eines Zubehör des anderen ist, kann eine Servitut entstehen, zwischen Bestandteilen desselben Grundstückes nicht).

[32] So bleibt sie während der Zugehörigkeit zu einem Grundstück mangels anderer Bestimmung beweglich; oben § 101 Anm. 28—29. Auch kann es allodiale Pertinenzen eines Lehnguts oder eines Fideikommißgutes geben. Vgl. Sächs. Ges. über Familienanwartschaften § 4; Hess. A.G. Art. 247; Meckl. A.V. § 31, 127 (Str. § 30, 124). Anders Bad. A.G. Art. 36 § 2.

[33] R.Ger. XXXIV Nr. 41; B.G.B. § 926 Abs. 2. Daher auch besondere Ersitzung; Kohler S. 68; Regelsberger I 387. Ebenso besonderer Rechtserwerb auf Grund des redlichen Erwerbes vom Nichtberechtigten; B.G.B. § 926 Abs. 2.

[34] Daher kann die Zubehörsache im Eigentum eines Anderen als des Eigentümers der Hauptsache stehen. Dies nicht nur infolge einer ursprünglichen Eigentumsverschiedenheit (oben Anm. 16), sondern auch infolge einer Veräußerung der Zubehörsache ohne gleichzeitige Lösung des Sachbandes; B.G.B. § 1121 Abs. 2; für das französ. Recht R.Ger. XXXVIII Nr. 100; für das preuß. R., das im ersten Falle ein Pertinenzverhältnis nicht entstehen läßt, A. L.R. I, 20 § 445 mit Pl.Beschl. des O.Tr. II 380, Ges. v. 5. Mai 1872 § 30, R.Ger. IX Nr. 61. — Ebenso kann ein besonderes Pfandrecht an einer Zubehörsache bestehen; Kohler S. 110; R.Ger. b. Gruchot XXXI 432 ff. (Beendigung der Zubehöreigenschaft erst mit dem Pfandverkauf). Auch ist Verpfändung der Hauptsache unter Zurückbehaltung der Zubehörsache ohne

Digitized by Google

sie für sich gepfändet werden[35]; doch ist nach geltendem Recht die Pfändung des Grundstückszubehörs ausgeschlossen[36]. Eine rechtsgeschäftliche Verfügung kann, wie über die Hauptsache ohne Zubehör, so über jede Zubehörsache einzeln stattfinden[37]. Das Recht an jeder Zubehörsache ist für sich verfolgbar. Wo immer aber ein an der Zubehörsache begründetes Rechtsverhältnis dem für das Sachganze mafsgebenden Rechtsverhältnisse widerstreitet, hat es den Vorrang[38].

IV. Beendigung. Das Pertinenzverhältnis endet durch Aufhebung des Sachbandes. Eine vorübergehende räumliche Trennung oder wirtschaftliche Gebrauchsentfremdung löst das Sachband nicht[39]. Dagegen wird durch dauernde räumliche Trennung oder durch dauernde Bestimmung für einen anderen wirtschaftlichen Zweck die Zubehöreigenschaft der Hülfssache zerstört[40]. Soll dieser

---

Lösung des Sachbandes möglich; so z. B. bei Wertpapieren im Falle der Zurückbehaltung der Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine, B.G.B. § 1296; unrichtig nimmt hier das R.Ger. XXIII Nr. 57 die völlige Lösung des Pertinenzverhältnisses an.

[35] Kohler S. 79; Seuff. XLIV Nr. 164. Doch gab schon das bisherige Recht vielfach den Realgläubigern ein Widerspruchsrecht; Preufs. G. v. 13. Juli 1883 § 206, Bad. R. nach R.Ger. XXVI Nr. 71.

[36] C.Pr.O. § 865; oben § 101 Anm. 28—29. Dazu Verh. des XXI. Deut. Juristentages I 276 ff. (Hermes), II 24 ff., III 186 ff., 201 ff. (Gierke).

[37] Dies ändert sich für das Grundstückszubehör mit der Beschlagnahme; doch bleibt auch dann eine Verfügung über das Zubehör innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäfsigen Wirtschaft zulässig; Zw.V.G. § 23.

[38] Darum erstrecken sich die liegenschaftsrechtliche Übereignung oder Niefsbrauchbestellung, das Grundpfandrecht und das Schiffspfandrecht nicht auf die im Eigentum eines Dritten befindlichen Zubehörsachen; B.G.B. § 926, 1031, 1120, 1265. Anders die Zwangsversteigerung, wenn der Eigentümer nicht rechtzeitig widersprochen hat; Zw.V.G. § 55 Abs. 2; vgl. R.Ger. XLIX Nr. 58. Ebenso bleiben besondere dingliche Rechte an Zubehörsachen von den Rechtsschicksalen der Hauptsache unberührt; R.Ger. XLVI Nr. 45. — Über den Vorrang des besonderen Besitzes vgl. Preufs. L.R. 1, 7 § 54.

[39] Preufs. L.R. I, 2 § 106—107; B.G.B. § 97 Abs. 2; R.Ger. XXVIII Nr. 32; Unger I 454 u. 461; Krainz I 224; Wäber S. 183. Darum kann das Pertinenzverhältnis auch für eine verliehene, vermietete oder verpfändete Sache fortbestehen.

[40] B.G.B. § 1121 Abs. 1, § 1122 Abs. 2; Sächs. Gb. § 67; Kohler S. 101; Wäber S. 184 ff. Ist die Trennung mit Veräufserung verbunden, so ist sie stets eine dauernde. Dauernde Trennung ist aber auch ohne Veräufserung (z. B. bei Überführung auf ein anderes Grundstück desselben Eigentümers) möglich. Aufhebung des Pertinenzverhältnisses ohne räumliche Trennung kann infolge Veränderung der wirtschaftlichen Bestimmung der Hauptsache (z. B. Umwandlung eines Landgutes in eine Fabrik) oder der Hülfssache (z. B. Erhebung von Arbeitspferden zu Luxuspferden) vorkommen.

Digitized by Google

Erfolg durch eine Rechtshandlung herbeigeführt werden, so mufs die beabsichtigte Lösung des Sachbandes durch eine entsprechende Änderung des äufseren Zustandes verwirklicht sein; eine Veränderung des rechtlichen Zustandes, die den tatsächlichen Zusammenhang von Hauptsache und Zubehör unberührt läfst, vermag die einmal begründete Sachzugehörigkeit nicht zu beseitigen[41].

V. Einzelfälle. Der Pertinenzbegriff ist an den Beziehungen körperlicher Sachen zu einander ausgebildet und zunächst auf solche berechnet.

1. Grundstücke als Grundstückszubehör. Die im älteren deutschen Rechte mannigfach ausgestalteten Verknüpfungen zwischen herrschenden und dienenden Grundstücken sind längst verschwunden. Dagegen erhielt sich im neueren Recht die Behandlung von Nebengütern, Vorwerken, Wäldern, Wiesen usw. als Pertinenzen des Hauptgutes, von Hof und Garten als Pertinenz des Hauses[42]. Ob das Verhältnis eines Hauptgrundstücks mit Zubehörgrundstück vorliegt oder ob vielmehr entweder eine Mehrheit durchaus getrennter Grundstücke oder aber ein einziges Grundstück mit äufserlich gesonderten Teilen anzunehmen ist, wurde durch die Art und Weise der geschichtlichen Individualisierung der Grundstücke bestimmt, dann aber mehr und mehr in den Flurbüchern oder Grundbüchern öffentlich festgestellt[43]. Das B.G.B erkennt eine Zugehörigkeit von Grundstücken nicht mehr an, ermöglicht jedoch durch die Zulassung besonderer Rechte an Flächenteilen eines Grundstücks den Fortbestand einer sachenrechtlichen Selbständigkeit der in Bestandteile verwandelten liegenschaftlichen Zubehörstücke[44].

---

[41] Vgl. B.G.B. § 1121 Abs. 2 (Veräußerung ohne Entfernung); für das preufs. R. Ges. v. 5. Mai 1872 § 30, Dernburg, Preufs. P.R. I 826, R.Ger. IX Nr. 61; für das gemeine Recht R.Ger. XXVVII Nr. 37, Regelsberger I 391. A. M. für das gemeine Recht Kohler S. 100 ff., Dernburg, Pand. I § 77.

[42] Maurenbrecher I § 187; Roth, D.P.R. I § 81 II 1 a; Beseler S. 807; Stobbe § 65 IV; Unger I 456 ff.; Huber IV 689 Anm. 30. Preufs. L.R. I, 2 § 44; Sächs. Gb. § 68; Liv-, Esth- u. Kurl. P.R. Art. 567. Seuff. XXXVI Nr. 15 (oben Anm. 31); R.Ger. XXV Nr. 58 (Hauswiesen der Stettiner Bürgerhäuser). Vgl. auch Meurer, Begriff u. Eigentümer der heiligen Sachen II 21 ff. u. 209 über die Pertinenzqualität der Kirchhöfe.

[43] R.Ger. XXV Nr. 58. Die Zubehöreigenschaft endet dann erst mit der Abschreibung.

[44] Oben § 103 Anm. 31. Im Sondersh. A.G. Art. 26 ist ausdrücklich bestimmt, daß die als Zubehör gebuchten Grundstücke als Bestandteile zu gelten haben. — Dagegen können Gebäude und andere fest mit dem Boden verbundene Sachen, die nicht als Bestandteile des Grundstücks, auf dem sie sich befinden, gelten, Zubehör eines anderen Grundstücks sein; R.Ger. LV Nr. 66.

Digitized by Google

2. Fahrnis als Grundstückszubehör. Weitaus die wichtigsten Pertinenzverhältnisse entstehen aus der Verknüpfung beweglicher Sachen mit Grundstücken. Zum Teil sind die Fälle, in denen eine wirtschaftliche Zweckgemeinschaft anzunehmen ist und somit bei Erfüllung der sonstigen Erfordernisse Zubehöreigenschaft besteht, gesetzlich umschrieben.

Zubehör eines Landguts ist nach der im modernen Recht durchgedrungenen deutschen Auffassung das gesamte Gutsinventar[45]. Es umfafst das zum Wirtschaftsbetriebe bestimmte Gerät („Schiff und Geschirr") und Vieh (Arbeits- und Zuchtvieh), die zur ordnungsmäfsigen Fortführung der Wirtschaft bis zur Wiedererzeugung erforderlichen landwirtschaftlichen Erzeugnisse und den vorhandenen, auf dem Gute gewonnenen Dünger[46]. In sich bildet das Gutsinventar zugleich eine Gesamtsache.

Zubehör eines Gebäudes soll nach einem alten Sprichwort im Zweifel alles sein, was erd-, mauer-, niet- oder nagelfest ist[47]. Diese Regel kann im heutigen Recht keine Geltung mehr beanspruchen. Sie traf niemals die nur zum Gebrauche des jetzigen Besitzers fest mit dem Gebäude verbundenen Sachen[48]. Sind dagegen Sachen zur dauernden Einrichtung des Gebäudes erd-, mauer-, niet- oder nagelfest mit diesem verbunden, so gelten sie heute

[45] Heusler I 359 ff.; Stobbe I § 65 V; Kohler S. 117, 147 ff.; Unger I 456 ff.; Dernburg, Pand. I § 77 Z. 2; Regelsberger I 389. Preufs. L.R. I, 2 § 48 ff.; Code civ. Art. 524; Österr. Gb. § 296; Sächs. Gb. § 50; B.G.B. § 98 Z. 2. Für das gemeine R. Seuff. XXII Nr. 158. — Anders nach römischem Recht, an dem die gemeinrechtliche Praxis zum Teil festhielt. Auch das Zürch. Gb. u. einige andere Schweiz. Gb. weichen ab; Huber III 35 ff. Ebenso das Balt. P.R. Art. 566; Erdmann I 161 ff.

[46] So in wesentlicher Übereinstimmung mit den anderen Gesetzbüchern B.G.B. § 98 Z. 2. Vgl. dazu Entsch. b. Scherer, Das zweite Jahr des B.G.B. S. 112, Das dritte Jahr S. 112; Seuff. LVI Nr. 144 (Aufstallschweine). Hinsichtlich des Düngers Seuff. XLII Nr. 94. Gekaufter Dünger (insbesondere Kunstdünger) muß insoweit als Zubehör gelten, als er zur Führung der Wirtschaft erforderlich ist.

[47] Goslarer Stat. S. 26 Z. 23; Rechtsb. n. Dist. II, 1 d. 2; Nürnb. Ref. XVI, 6; Frankf. Ref. II, 3 § 19; Lüneb. Ref. II, 3 § 8, Preufs. L.R. I, 2 § 80 ff.; Code civ. Art. 525; Österr. Gb. § 297; Solothurner Gb. § 657; Bündner § 178; weitere Quellenstellen b. Stobbe § 65 Anm. 21, Graf u. Dietherr III Nr. 12—15, Huber IV 688 u. III 32 ff.

[48] Rechtsb. n. Dist. II, 1 d. 2—3; Purgoldt III 135; Preufs. L.R. I, 2 § 81, § 85 (für die an oder in der Wand befestigten Kleider- und Bücherschränke); Unger I 458 ff.; Kohler S. 117 ff. — Nach dem B.G.B. sind solche Sachen keine Bestandteile (oben § 103 III 1), ebensowenig aber Zubehör.

Digitized by Google

regelmäfsig als wesentliche Bestandteile[49]. Andererseits gibt es mancherlei äufserlich unverbundenes oder nur lose angefügtes Gebäudezubehör, wie Schlüssel zu den Türen, Winterfenster, Löschgerät, unter Umständen auch Bildwerke, Öfen, Baumaterialien usw.[50]

Ist ein Gebäude für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet, so sind auch die zu dem Betriebe bestimmten Maschinen und sonstigen Gerätschaften, falls sie nicht als Bestandteile eingefügt sind, Zubehör des Gebäudes[51]. Somit ist das gewerbliche Inventar einer Fabrik, einer Mühle, einer Schmiede, eines Brauhauses, eines Gasthofes, eines Theaters usw. regelmäfsig Gebäudezubehör[52]. Was dagegen einem Gewerbebetriebe dient, der in einem nicht schon an sich dazu bestimmten Gebäude zeitweise eingerichtet ist, bildet kein Gebäudezubehör[53].

Typische Fälle von beweglichem Liegenschaftszubehör begegnen

---

[49] B.G.B. § 94 Abs. 2. Anders nur, wenn sie trotzdem nicht als „eingefügt" erscheinen; oben § 103 Anm. 20.

[50] Preufs. L.R. I, 2 § 84, 88—89; Österr. Gb. § 297; Sächs. Gb. § 68; Code civ. Art. 525 Abs. 4; Bündner Gb. § 178; Zürcher § 50. Baumaterialien, die zur Fertigstellung auf dem Grundstück lagern, nach O.L.G. Breslau in D. J.Z. VI 240, O.L.G. Marienwerder b. Seuff. LIX Nr. 28; a. M. K.Ger. in Rsp. d. O.L.G. IV 20 ff.

[51] B.G.B. § 98 Z. 1. Ebenso Preufs. L.R. I, 2 § 79, 90 ff., Sächs. Gb. § 69, Zürch. Gb. § 50, Balt. P.R. Art. 573. Vielfach nahm dies auch die gemeinrechtliche Praxis an; vgl. Seuff. VII Nr. 286, XVII Nr. 207, XXIX Nr. 5, XL Nr. 178, XLV Nr. 73, LII Nr. 2 (transportable Bahn als Pertinenz eines Fabrikgebäudes), R.Ger. XX Nr. 45. Vgl. Kohler S. 120 ff., Krainz I 219, Regelsberger I 290. Meist aber wurde für das gemeine Recht die Zubehöreigenschaft hier verneint; Seuff. XXIX Nr. 6, XXXVI Nr. 256 (aufser dem Falle eines mit dem Gebäude verbundenen Realgewerberechts), XXXVII Nr. 89 u. 286, XLVII Nr. 181 (R.Ger.); Funke a. a. O. S. 35 ff., 62 ff., Wächter, Württ. P.R. II 253 Anm. 24, Unger I 460, Göppert a. a. O. S. 61 Anm. 15, Stobbe a. a. O. Anm. 24—25.

[52] Bilden mehrere Grundstücke zusammen ein Fabriketablissement, so sind die Maschinen nur Zubehör des Fabrikgrundstücks; R.Ger. XLI Nr. 79. Über eine Akkumulatorenbatterie als Zubehör R.Ger. LVI Nr. 73. Über Brauereigespanne als Zubehör R.Ger. XLVII Nr. 64. Über das Gasthofs- und Restaurationsinventar Preufs. L.R. I, 2 § 90, R.Ger. XXXIX Nr. 74', XLVII Nr. 44, XLVIII Nr. 44, Entsch. b. Scherer a. a. O. II Nr. 366, III Nr. 223 zu VII (abweichend für das gem. Recht R.Ger. XV Nr. 50 u. b. Seuff. XLIII Nr. 258, Kohler S. 121 ff.). Über Zubehör einer Apotheke Preufs. L.R. I, 2 § 94; eines Kramladens ib. § 95; eines Theaters Kohler S. 124.

[53] So der Regel nach das Handwerksgerät des Tischlers, Drechslers, Schuhmachers: vgl. schon Rechtsb. n. Dist. I, 2 d. 2—3. Oder das Inventar einer in gemieteten Räumen eingerichteten Restauration. — Maschinen sind somit bald wesentliche Bestandteile, bald Zubehör, bald keines von beidem.

Digitized by Google

ferner bei Kirchengebäuden, Bergwerken, Eisenbahnen und manchen anderen besonders beschaffenen Grundstücken[54].

Als Grundstückszubehör werden von den Gesetzen oft auch Urkunden (Eigentumsurkunden, Karten, Risse usw.) angesehen[55].

3. Fahrnis als Fahrniszubehör. Auch bewegliche Sachen können zu einander im Verhältnis von Hauptsache und Zubehör stehen[56]. So gehört der Schlüssel zum Schrank, das Futteral zum Geschmeide, je nach den Umständen oder der örtlichen Verkehrssitte auch die Konsole zur Büste, der Maulkorb zum Hunde, das Zaumzeug zum Pferde. Ein besonders wichtiger Fall ist das Schiffszubehör[57]. Ebenso pflegen andere Fahrzeuge, z. B. Wagen und Fahrräder, mit einem Zubehör ausgestattet zu sein. Auch körperliche Gesamtsachen, wie Bibliotheken und Sammlungen, haben als solche oft ihr umfangreiches Zubehör[58].

VI. Übertragung auf unkörperliche Sachen. Das deutsche Recht hat den Begriff von Hauptsache und Zubehör auf unkörperliche Sachen erstreckt. Derartige Vorstellungen sind auch heute lebendig. Doch ist nach geltendem deutschen Recht der technische Begriff des Zubehörs nur in einzelnen Fällen anwendbar, während im übrigen nur von einem ähnlichen Verhältnis gesprochen werden kann.

Eine unkörperliche Sache kann als Hauptsache erscheinen, der körperliche Sachen als Hülfssachen dienen. Dies begegnet insbesondere seit alter Zeit bei den selbständigen liegenschaftlichen Gerechtigkeiten[59]; sie können auch nach dem B.G.B. insoweit, als

---

[54] Vgl. über Kirchenzubehör Meurer a. a. O. II 7 ff. u. insbes. über Glocken S. 12 ff., Kohler S. 174 ff., Seuff. XII Nr. 301, XIV Nr. 8; über Bergwerkszubehör Achenbach, Bergr. I 251 ff., Klostermann, Lehrb. S. 164 u. 198, Kohler S. 178 ff.; über Eisenbahnzubehör Kohler S. 181 ff.; über Pertinenzstücke eines Waldes, Weinbergs, Kellers, Gartens Preuß. L.R. I, 2 § 64—65, 70, 72, 73—74.

[55] Frankf. Ref. II, 3 § 19; Preuß. L.R. I, 2 § 62—63; Sächs. Gb. § 68; Bündner § 178; Zürch. § 50; Balt. P.R. Art. 572. Es liegt kein Grund vor, diese Bestimmungen hinsichtlich der Eigentumsurkunden mit Kohler S. 124 ff. umzudeuten.

[56] Preuß. L.R. I, 2 § 101—102; Sächs. Gb. § 71; Balt. P.R. Art. 570—571. Kohler S. 128 ff.; Stobbe § 65 VII; Krainz I 219; Meurer II 5 ff. — Unrichtig Böcking, Pand. I § 81 Anm. 4.

[57] Preuß. L.R. I, 2 § 91; H.G.B. § 478 (auch Schiffsboote; im Zweifel alle ins Schiffsinventar eingetragenen Gegenstände).

[58] Preuß. L.R. I, 2 § 96—100.

[59] Beispiele aus dem älteren deut. R. b. Gierke, Gen.R. II 125 Anm. 147;

Digitized by Google

sie den Vorschriften über Grundstücke unterliegen, ein Zubehör im technischen Sinne haben[60]. Dem Pertinenzverhältnis verwandt ist auch die Abhängigkeit der unselbständigen Urkunde von dem beurkundeten Recht[61].

Als unkörperliche Zubehörsachen einer körperlichen Sache behandelte das deutsche Recht die vom B.G.B. dem Bestandteilsbegriff unterstellten Realrechte[62]. Ein dem Zugehörigkeitsverhältnis ähnliches Verhältnis besteht auch, soweit die Versicherungsforderung bei der Sachversicherung der veräufserten Sache folgt, zwischen der Versicherungsforderung und der versicherten Sache[63].

Unkörperliche Sachen können endlich zu einander sich wie Hauptsache und Zubehör verhalten. So läfst sich die Firma als Pertinenz des kaufmännischen Geschäfts, die Marke als Pertinenz der Firma und jetzt das Warenzeichen als Pertinenz des Gewerbebetriebes, das Zusatzpatent als Pertinenz des Hauptpatentes auffassen[64]. Auch sonst aber trägt die Abhängigkeit des Nebenrechts vom Hauptrecht oft die Züge eines Pertinenzverhältnisses. Werden die Rechte in Wertpapieren verkörpert, so kann dieses Zugehörigkeitsverhältnis in der Verbindung von Nebenpapieren mit dem Hauptpapier Ausdruck finden und somit in ein Zugehörigkeitsverhältnis zwischen körperlichen Sachen übergehen[65].

Die Einbeziehung der unkörperlichen Sachen in die Zugehörig-

---

vgl. auch schon die fränkische pertinentia comitatus, Brunner, R.G. II 169. Über Zubehörstücke von Jagd-, Brauerei-, Branntweinbrennerei- und Schankgerechtigkeiten Preufs. L.R. I, 2 § 67—69 u. 71. Dernburg, Preufs. P.R. I § 62 Anm. 3, Roth, D.P.R. I § 81 Anm. 59—60, Bayr. C.R. I § 56 Anm. 46—47. — A. M. Unger I 437, Stobbe I 617 Anm. 4, Wäber S. 46 ff.

[60] Demgemäfs wird man das vom Erbbauberechtigten errichtete Gebäude (vgl. oben § 103 S. 46 u. § 101 Anm. 27) als Zubehör des Erbbaurechts aufzufassen haben; unten § 141 Anm. 13. — Handelt es sich um ein in Ausübung eines unselbständigen Rechts errichtetes Werk, das als besondere Sache gilt, so ist der Zubehörbegriff, wie Wolff, Der Bau auf fremdem Boden S. 78—80, zutreffend ausführt, mindestens analog anzuwenden.

[61] Im bisherigen Recht nahm man ohne Anstand ein Pertinenzverhältnis an; vgl. für das preufs. Recht R.Ger. in Str. S. VII Nr. 108. Aber auch nach dem B.G.B. § 952 trägt die Verbindung, obschon das Recht nie Zubehör im technischen Sinne ist, alle Züge eines Zugehörigkeitsverhältnisses; vgl. unten § 108 S. 104.

[62] Vgl. oben § 103 a. E. und unten § 106 a. E.

[63] Vgl. J. Gierke, Die Versicherungsforderung bei Veräufserung der versicherten Sache, Berlin 1899, S. 80 (Anwendbarkeit des Pertinenzbegriffs im preufs. R.).

[64] Vgl. oben Bd. I 725, 738, 868.

[65] R.Ger. XXIII Nr. 57. Kohler S. 130 ff. Dazu unten S. 130 ff.

Digitized by Google

keitsordnung hat in der deutschen Rechtsgeschichte eine noch nicht genug gewürdigte Rolle bei der Ausbildung des Begriffes der objektiven Vermögenseinheit und namentlich bei der Entwicklung der Sondervermögen gespielt[66]. Auch heute kann ein Sondervermögen durch Zugehörigkeitsverhältnisse zwischen den in ihm enthaltenen Einzelsachen eine bestimmte Gliederung empfangen[67].

§ 106. Realrechte[1].

I. Begriff. Realrechte sind Rechte, die ihrem Subjekte durch das Mittel einer zur Rechtsträgerin erhobenen unbeweglichen Sache zustehen[2].

II. Geschichte. Im deutschen Mittelalter zeitigte die fortschreitende Verdinglichung der Rechtsverhältnisse eine unabsehbare Fülle von Realrechten. Mehr und mehr wurden nicht nur privatrechtliche, sondern auch öffentlichrechtliche Befugnisse verschiedenster Art, Herrschafts- und Amtsgerechtsame, Gemeindemitgliedschaften, Landstandschaften, gewerbliche Vorrechte usw., fest mit bestimmten Grundstücken verknüpft. Wurde einerseits durch die Rückwirkung solcher Realrechte die Entwicklung des Grundeigentums zu einem freien Privatrecht gehemmt, so bildeten andererseits die Realrechte eine Hauptform der das öffentliche Recht zu Vermögensrecht stempelnden Patrimonialrechte. Nach der Aufnahme des römischen Rechtes, das von Realrechten nur die Realservituten kannte, erhielten sich die einheimischen Realrechte. Erst in neuerer Zeit wurde ihre Zahl durch die Beseitigung der meisten Patrimo-

---

[66] Vor allem durch die Aufnahme unkörperlicher Pertinenzen in die liegenschaftlichen Sachsphären; Gierke, Gen.R. II 75 ff. Über die Bedeutung des Pertinenzbegriffs für die Bildung der Kirchenvermögen ib. S. 542 ff.

[67] Dies gilt z. B. für das Grundvermögen und in besonderer Weise für die geschlossenen Immobiliarvermögen, wie die Bahneinheit, das Lehnsvermögen, das Fideikommißvermögen. Für das letztere führt der Preuſs. Entw. die Unterscheidung zwischen der allgemeinen Vermögenszugehörigkeit und der besonderen Zugehörigkeit innerhalb des Vermögens scharf durch; vgl. § 24 u. 37 u. dazu Begründung S. 35. Ähnliches gilt für das Schiffsvermögen und zum Teil auch für das Handelsvermögen.

[1] Maurenbrecher, D.P.R. I § 347 ff.; Reyscher, Württ. P.R. I § 245 ff.; Wächter, Württ. P.R. I § 245 ff.; Unger I 572 ff.; Stobbe I 633 ff.; Franken S. 120.

[2] Man nennt sie auch „subjektiv-dingliche“ (das Preuſs. L.R. I, 2 § 125 „dingliche“) Rechte. Als solche begegnen aber auch Rechte, die einer beweglichen Sache anhängen.

Digitized by Google

nialrechte stark vermindert. Auch von den Realrechten mit privatrechtlichem Inhalt sind manche der modernen Abneigung gegen bodenständige Rechtsverhältnisse erlegen.

III. Rechtsgrundsätze. Der Begriff des Realrechts sagt über die Beschaffenheit des Rechtes, das mit dem Grundstück verknüpft ist, nichts aus. Die Realrechte sind bald Persönlichkeitsrechte[3], bald Mitgliedschaftsrechte[4], bald Sachenrechte[5], bald Forderungsrechte[6]. Manche von ihnen enthalten auch heute eine öffentlichrechtliche Befugnis[7]. Insoweit daher nicht die Beziehung zu dem berechtigenden Grundstücke in Frage steht, gelten für Realrechte keine gemeinsamen Grundsätze. Vielmehr nehmen die einzelnen Realrechte zusammen mit gleichartigen Personalrechten an dem besonderen Rechte der Klasse, der sie angehören, Teil[8].

Immer aber folgt aus dem Begriffe des Realrechts eine eigenartige Form der subjektiven Zuständigkeit. Das Subjekt des Realrechts wird durch das Grundstück bestimmt. Berechtigt ist daher der jeweilige Eigentümer des Grundstücks[9]. Doch deckt sich mit

---

[3] So z. B. die mit einem Grundstücke verbundenen Gewerberechte, Bannrechte, Jagd- und Fischereirechte; vgl. oben Bd. I 716. Auch Markenrechte, ib. S. 727.

[4] Über Realgemeinden und Realgenossenschaften vgl. oben Bd. I 587 ff., 618, 623, 626.

[5] So die realen Dienstbarkeiten, Reallastberechtigungen und Näherrechte; vgl. B.G.B. § 1018, 1094 Abs 2, 1105 Abs. 2. Vielfach auch Gemeindenutzungsrechte; oben Bd. I 606, 609 u. 612. Ferner mitunter Kirchstuhls- und Begräbnisrechte; oben § 102 Anm. 59—60. Desgleichen Erbkuxe.

[6] Z. B. Ansprüche auf einen Anteil am landschaftlichen Amortisationsfonds, R.Ger. I Nr. 132, 141, XII Nr. 65; Forderungen auf Feuerversicherungsgelder, R.Ger. VII Nr. 75; Forderungen auf Ablösungsgelder usw. Unter Umständen auch Kirchstuhls- und Begräbnisrechte; oben § 102 Anm. 59—60. — Vgl. Preuſs. L.R. I, 2 § 128; Unger I 573 Anm. 19.

[7] So Patronatrechte, vgl. Preuſs. L.R. II, 11 § 579, Hinschius, K.R. III 9; Mitgliedschaftsrechte in öffentlichen Realgenossenschaften, oben Bd. I 623; ehemals Patrimonialgerichtsbarkeit, gutsherrliche Polizei, Land- oder Kreisstandschaft, Amtsgerechtsame, viele Gemeinderechte usw.; noch heute in Mecklenburg Landstandschaft, Ortsobrigkeit, Polizei, Patronatrecht, vgl. A. V. z. B.G.B. § 105 (für Strelitz § 103).

[8] Verkannt von Maurenbrecher u. Reyscher a. a. O. Vgl. Unger I 574. — Darum können auch die Entstehungs- und Beendigungsgründe der Realrechte mannigfacher Art sein: Gesetz oder Privileg (oben B. I 302 u. 305), Verleihung von Regalgerechtigkeiten, Rechtsgeschäft, Unvordenklichkeit usw.

[9] Wächter II 326 Anm. 14, Unger I 775 ff., Stobbe I 633 Anm. 16; B.G.B. § 1018, 1094, 1105. Bei geteiltem Eigentum der Untereigentümer; Maurenbrecher I 773, Hinschius III 78, unten § 121 II 3. — Der bloſse Besitz

Digitized by Google

dem Recht nicht immer die Befugnis zu dessen Ausübung. Denn einerseits kann in einem begrenzten Besitzrechte am Grundstück die Befugnis zur Ausübung von Realrechten enthalten sein[10]. Andererseits ist die Ausübungsbefugnis mitunter noch durch persönliche Eigenschaften bedingt[11], bei deren Nichtvorhandensein dann das Realrecht ruht[12].

Das Realrecht teilt somit die Rechtsschicksale des Grundstücks. Es wird mit ihm veräufsert, belastet, vererbt[13]. Und es unterliegt hierbei, wie immer es an sich beschaffen sein mag, dem Immobiliarsachenrecht[14].

Der Gegenstand des Realrechts bildet nach der im deutschen Recht begründeten Auffassung eine unkörperliche Pertinenz des Grundstücks[15]. Das Realrecht dient freilich nicht immer blofs

---

gibt nur die Ausübungsmöglichkeit, nicht wie Manche meinen, das Recht selbst; Unger I 576. — Über die verkehrte Theorie, die das Grundstück personifiziert, vgl. oben Bd. I 266 Anm. 8.

[10] Ob und inwieweit dies der Fall ist, läfst sich nicht allgemein entscheiden. Namentlich nicht hinsichtlich des Pächters. Vgl. Maurenbrecher I 773; über den Streit beim Patronat Hinschius III 78 ff.

[11] Wie z. B. bei Patronat- und Kirchenstuhlsrechten durch Religionsbekenntnis, bei Patrimonialrechten durch Stand, Geschlecht und Alter, bei Gewerberechten durch gewerbliche Qualifikation usw.; vgl. Maurenbrecher I 771 Anm. 6, Reyscher I § 245, Wächter II 327, Unger I 576. Dazu Meckl. A.V. z. B.G.B. § 105 (für Strelitz § 105): kein Recht zur Ausübung der Landstandschaft vor Leistung des Homagial- oder Lehnseides.

[12] Seuff. XXXVII Nr. 132; Unger 577; Stobbe I 634; Hinschius III 76. Vgl. oben Bd. I 321.

[13] Ob es im Falle der Teilung des Grundstücks gleichfalls geteilt wird oder den Eigentümern der Teilstücke gemeinschaftlich zusteht oder dem Eigentümer des Hauptgutes verbleibt oder ganz untergeht, läfst sich nicht allgemein entscheiden. Sehr verschiedene Grundsätze drangen z. B. hinsichtlich der Gemeindenutzungsrechte durch. Viel Streit herrscht beim Patronat; vgl. R.Ger. XXVII Nr. 33 (im Falle unwesentlicher Abtrennungen soll das Patronatrecht beim Gute bleiben, im Falle völliger Zerstückelung untergehen), Hinschius III 77 (für Kompatronat). Für Realservituten und Reallastberechtigungen vgl. B.G.B. § 1025 u. 1109. — Mit dem Untergange des Grundstücks geht auch das Realrecht unter; Unger I 579.

[14] Daher auch dann, wenn es öffentlich ist, dem Privatrecht und dann, wenn es kein Vermögensrecht ist, dem Vermögensrecht. Über die liegenschaftliche Natur vgl. oben § 101 Anm. 50.

[15] Im älteren deutschen Rechte herrschte diese Auffassung allgemein, wie die immer wiederkehrenden Aufzählungen der Gutspertinenzen in den Urkunden bezeugen; Gierke, Gen.R. II 80 ff., 94 ff., 308 ff., Heusler, Inst. I 362 ff., Huber IV 689. Für das neuere Recht vgl. Böcking I § 81 Anm. 3, Walter § 131, Albrecht, Krit. Jahrb. 1839 S. 318, Beseler § 77 Anm. 17, Roth, D.P.R. I 440, Bayr. C.R. § 56 Anm. 42, Bekker, Pand. I § 74 Beil. II; Preufs.

Digitized by Google

dem wirtschaftlichen Zwecke des Grundstücks[16]. Allein es dient in jedem Falle einem Zwecke, der mit dem Grundbesitze in Verbindung gesetzt und der sozialen Aufgabe, die der Grundbesitz erfüllen soll, einverleibt ist[17]. Das Realrecht ist ferner nicht durchweg vom Grundstück trennbar[18]. Allein in manchen Fällen kann es vom Grundstück getrennt und stets kann es getrennt vorgestellt werden[19]. Denn es ist ein besonderes Recht, das in dem Eigentum an der körperlichen Sache nicht enthalten, sondern nur mit ihm verbunden ist[20].

Nach dem B.G.B. gelten Realrechte als Bestandteile des Grundstücks[21]. Zu wirklichen Grundstücksbestandteilen sind sie damit nicht geworden. Denn da nach der vom B.G.B. selbst durchweg

L.R. I, 2 § 69; R.Ger. I Nr. 132, VII Nr. 75, XII Nr. 65. Gegen die Zubehöreigenschaft Wächter II 258 ff., 326, Unger I 455 ff., 577, Stobbe I 617, Kohler, Pertinenzen S. 48 ff., Wäber, Die Pertinenz S. 48 ff.

[16] Notwendig ist dies nur bei den Realservituten der Fall. In willkürlicher Weise scheidet Maurenbrecher I § 347 die subjektiv-dinglichen Rechte, die eine innere Beziehung zu dem berechtigenden Grundstücke haben, unter Anerkennung ihrer Pertinenzqualität aus dem Begriff der Realrechte ganz aus und findet das Kennzeichen der Realrechte gerade in dem Mangel der Pertinenzqualität.

[17] Dies verkennt Unger I 576 ff. Die Verbindung öffentlicher Rechte mit den Grundstücken bedeutete eben die Erstreckung der Zweckbestimmung des Grundbesitzes auf öffentliche Angelegenheiten; die Ausbildung von Realgewerbeberechtigungen bedeutet die Bestimmung gewisser Grundstücke zu Stätten eines Gewerbebetriebes; die Anknüpfung von Mitgliedschaften an Grundstücke bedeutet deren Einordnung in einen Gemeinschaftszweck; usw.

[18] Bei manchen Realrechten ist die Trennung ausgeschlossen; vgl. Unger I 579, Stobbe I § 66 a. E., R.Ger. XII Nr. 50, Preuſs. L.R. II, 16 § 118, B.G.B. § 1103 u. 1110. Unrichtig ist es, wenn Maurenbrecher § 148 u. Walter § 131 die Trennbarkeit grundsätzlich bejahen.

[19] Über trennbare Gemeindenutzungsrechte vgl. oben Bd. I 607 Anm. 20 u. S. 609 Anm. 35; über Realgewerbeberechtigungen, die mit staatlicher Zustimmung übertragbar sind, Reyscher, Z. f. D. R. V 59, Wächter II 327, Unger I 579 Anm. 43, Oertmann, Bayr. Landesprivatr. S. 503 Anm. 17; über die Zulassung der Übertragung von Reallastberechtigungen mit Einwilligung des Verpflichteten Reyscher, Württ. P.R. I § 527; über das Patronatrecht Hinschius III 77. Jagd- und Fischereirechte und manche andere Realrechte können wenigstens selbständig verpachtet oder sonst zur Ausübung übertragen werden.

[20] Unger I 576, dem Gerber § 156 Anm. 3, Gengler S. 296 u. Wäber S. 51 zustimmen, findet das Wesen der Realrechte darin, daſs dem Grundstück die „juristische Eigenschaft" beigelegt ist, jeden Eigentümer zum Berechtigten zu machen. Das ist richtig, sagt aber über das Verhältnis zwischen dem Eigentum und dem Recht nichts aus.

[21] B.G.B. § 96; dazu Motive I 60, 65. — Die Erklärung, die Kohler, B.R. I 470 ff., hierfür gibt, beachtet nur die Grunddienstbarkeiten.

Digitized by Google

festgehaltenen Auffassung solche Rechte nicht im Eigentum am Grundstück enthalten, sondern nur mit ihm „verbunden" sind, kann auch ihr Gegenstand nicht dem Grundstückskörper einverleibt sein. Vielmehr ist er Bestandteil des aus körperlichen und unkörperlichen Gegenständen zusammengesetzten Grundvermögens, das als unkörperliches Sachganze einer neben dem Eigentum am Sachkörper zugleich die Realrechte einschliefsenden, einheitlichen Sachherrschaft unterliegt. Die Realrechte werden aber technisch wie Grundstücksbestandteile behandelt und somit ohne weiteres von den sachenrechtlichen Schicksalen mitergriffen. Die Eigenschaft „wesentlicher" Bestandteile ist ihnen nicht angedichtet; sie können daher insoweit Gegenstand besonderer Rechte sein, als dies nicht durch die für ihre einzelnen Gattungen geltenden speziellen Rechtssätze ausgeschlossen wird.

Zweiter Titel.

Das Geld und die Wertpapiere.

§ 107. Das Geld[1].

I. Überhaupt. Geld ist eine als allgemeines Tauschmittel und Wertmafs anerkannte Sachart.

Das Geld ist dadurch entstanden, dafs bei dem Austausche von Gütern eine besonders absatzfähige Sachart sich zu einem allgemeinen Tauschgute entwickelte, das im Verkehr als „Entgelt" für Güter jeder Art gegeben und genommen wurde. Hieraus entsprang die Funktion des Geldes als eines allgemeinen Tauschmittels, das als solches sich von den übrigen Gütern sonderte. Zugleich aber empfing das Geld die Funktion eines allgemeinen

[1] Savigny, Obl.R. I (1851) § 40 ff. G. Hartmann, Über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden, Braunschweig 1868. Goldschmidt, Handb. I, 2 § 91 ff.; Z. f. H.R. XIII 367 ff.; System § 80. Karlowa, Krit. V. Schr. XI 526 ff. Knies, Das Geld, 2. Aufl., Berlin 1885. R. Koch, Endemanns Handb. II 113 ff. Gierke, Z. f. H.R. XXVII 249 ff. H. Kaufmann, Zur Lehre von dem Inhalte einer Geldschuld, Crefeld 1894. — Unger I 371 ff. Beseler § 110 ff. Mandry, Civilr. Inh. § 19. Bekker, Pand. I § 75. Regelsberger, Pand. I § 104 ff. — Cosack, Bürg. R. I § 45. Matthias I § 44. Dernburg II § 13 ff. Enneccerus I § 153. Crome I § 62 II. Endemann I § 121. Landsberg § 100. — Laband, Staatsr. III § 7 b. — C. Menger, Handwörterb. der Staatsw. (2. Aufl.) IV 60 ff. — Angaben über weitere (auch ältere, ausländische und volkswirtschaftliche) Lit. b. Goldschmidt, Handb. S. 1060 ff., Koch a. a. O. S. 113 Anm. 2, C. Menger a. a. O. S. 105 ff.

Digitized by Google

Wertmafses, indem die Schätzung aller vom Verkehr ergriffenen Güter durch Vergleichung mit dem Tauschmittel erfolgte. Das Geld wurde so zum Ausdrucke des Vermögenswertes, die Schätzbarkeit in Geld zum Kennzeichen der Vermögensgegenstände, der die körperlichen und unkörperlichen Sachen ihrem Werte nach zusammenfassende Geldbetrag zum Nenner der Vermögenseinheit[2]. In Verbindung hiermit erhob sich das Geld zum allgemeinen Zahlungsmittel. Die Hingabe (Zuzählung) von Geld bildete sich als Zahlung zu einem besonderen Geschäfte aus, das lediglich auf die Übertragung von Vermögenswert gerichtet ist, und wurde zur Erfüllungsart der reinen Wertrechte, die in Gestalt der auf Geldbeträge lautenden Forderungs- und Sachenrechte entstanden. Endlich entfaltete sich das Geld zu einem allgemeinen Ersatzmittel. Gemäfs seiner Fähigkeit, alle Güter hinsichtlich ihres Vermögenswertes zu vertreten, wurde es berufen, da als Ersatz zu dienen, wo ein anderes Gut zerstört, vorenthalten oder entzogen, hierfür aber eine Ausgleichung gewährt wird.

Im Laufe der Kulturentwicklung haben verschiedene Sacharten die Rolle des Geldes gespielt[3]. Allmählich haben bei allen Kulturvölkern Metalle das ältere Geld verdrängt und unter ihnen wieder die beiden Edelmetalle Gold und Silber den Vorrang behauptet[4]. Wurde ursprünglich das Geldmetall in Barren zugewogen, so wurde dies frühzeitig durch die Herstellung gleichförmiger Metallstücke mit ein für alle Mal festgestelltem Geldgehalt erspart und endlich überall die Ausprägung solcher Metallstücke zu öffentlich beglaubigten Münzen eingeführt[5]. Hand in Hand mit der

---

[2] Vgl. oben Bd. I 277. Die höchste Steigerung erfährt diese Erscheinung bei der Aktiengesellschaft, bei der ein Geldbetrag als Nennbetrag des Grundkapitals die Vermögenseinheit unabhängig vom wirklichen Vermögensbestande ausdrückt.

[3] In der germanischen Urzeit Vieh; vgl. Tac. Germ. c. 12, 21; v. Inama-Sternegg, Deut. Wirtschaftsgesch. I 181 ff., Brunner, R.Ger. I 164, v. Amira, Nordgerm. Obl.R. I 443 ff. Im Norden auch Tuch (vadmal) und andere Gewebe; v. Amira I 444, II 510 ff. — Bei manchen Völkern Muscheln, Reis, Salz usw. — Vgl. Knies a. a. O. S. 9 ff.

[4] Untereinander kämpfen bekanntlich Gold und Silber noch heute um die Geldkraft. Je nachdem eins von ihnen allein Geld ist oder beide nach einem festen Verhältnis Geldkraft haben, besteht Goldwährung, Silberwährung oder Doppelwährung.

[5] Goldschmidt a. a. O. S. 1072 ff. — Über die Aufnahme des römischen Münzwesens und dessen Fortentwicklung bei den Deutschen vgl. Soetbeer, Forsch. z. D. G. I 207 ff., 545 ff., II 265 ff., IV. 243 ff., VI 3 ff., v. Inama-

Digitized by Google

Vervollkommnung des Geldes ging die Entfaltung und Steigerung seiner wirtschaftlichen Funktionen und damit der Übergang von der Naturalwirtschaft zur „Geldwirtschaft".

Die Eigenschaft von Geld im Rechtssinne empfängt eine Sachart lediglich durch Rechtssatz (Gewohnheitsrecht oder Gesetz). Der Rechtssatz, der einer Sachart volle Geldkraft verleiht, verschafft ihr „Währung". Die Rechtsordnung kann aber auch eine Sachart mit beschränkter Geldkraft ausstatten. Es gibt daher unvollkommenes Geld[6].

Der Staat hat nicht nur als Gesetzgeber die das Geldwesen ordnenden Rechtssätze aufzustellen, sondern nimmt kraft seiner Münzhoheit als Spender des öffentlichen Glaubens zugleich die ausschliefsliche Befugnis zur Münzprägung in Anspruch[7]. In Deutschland steht die Münzgesetzgebung dem Reiche, die Münzprägung unter Aufsicht des Reiches den Einzelstaaten zu[8].

Durch die Geldeigenschaft büfst eine Sache ihre sonstigen Eigenschaften keineswegs ein[9]. Da nur Sachen von eignem Ge-

---

Sternegg a. a. O. I 183 ff., II 392 ff., Brunner, R.G. I 213 ff., Schröder, R.G. S. 187 ff., 525 ff., 593 ff., 839 ff.

[6] Goldschmidt a. a. O. S. 1069 ff.; Koch a. a. O. S. 115; Regelsberger I 398; Cosack B.R. § 45; Dernburg II § 13. Die Einschränkung des Geldbegriffes auf das gesetzliche Zahlungsmittel (z. B. bei G. Hartmann a. a. O., Laband III 157, Endemann, B.R. I § 121) ist willkürlich und widerspricht auch dem Sprachgebrauch der Gesetze. Inwieweit freilich unter Geld das unvollkommene Geld mitbegriffen ist, mufs bei jedem einzelnen Rechtssatze besonders ermittelt werden.

[7] Im älteren deutschen Recht nahm dieses Hoheitsrecht gleich vielen anderen die Gestalt eines Regals an und kam in viele Hände. Für das heutige Recht ist der Begriff des Münzregals unzutreffend. Wenn Laband III 159 ff. das ausschliefsliche staatliche Münzprägungsrecht als ein gewerbliches Monopol betrachtet und demgemäfs dem Reiche die Münzhoheit, den Einzelstaaten das Münzregal zuschreibt, so verkennt er die Bedeutung der öffentlichen Wertbeglaubigung. Ihn widerlegt, was er selbst a. a. O. S. 186 über die Eichung der Mafse und Gewichte sagt.

[8] V. U. Art. 4 Z. 3; R.Ges. betr. die Ausprägung von Reichsgoldmünzen v. 4. Dez. 1871; Münzges. v. 9. Juli 1873. Die Münzprägung erfolgt durch diejenigen Einzelstaaten, die hierzu Münzstätten eingerichtet haben; sie geschieht bei Reichsgoldmünzen der Regel nach und bei Scheidemünzen immer für Rechnung des Reichs, das dafür eine Vergütung (Prägelohn) zahlt; Reichsgoldmünzen (Zwanzigmarkstücke) haben die Münzstätten auf Verlangen auch für die Rechnung von Privatpersonen gegen eine vom Reichskanzler mit Zustimmung des Bundesrats festgesetzte Gebühr, deren Überschufs über den Prägelohn in die Reichskasse fliefst, auszuprägen; Münzges. Art. 3 § 4 und Art. 12.

[9] Bekker, Couponsproz. S. 95 ff., Pand. I 317 ff.; Koch a. a. O. S. 114.

Digitized by Google

brauchswert sich zu Geld eignen[10], haben die Geldstücke einen von ihrer Geldeigenschaft unabhängigen, stofflichen Wert. Bei den Münzen unterscheidet man daher von ihrem Nennwerte ihren Metallwert[11]. Die Geldstücke können ferner als körperliche Sachen den Gegenstand verschiedener Rechtsgeschäfte bilden und insbesondere sowohl als individuell wie als gattungsmäfsig bestimmte Sachen verkauft und gekauft werden[12]. Sie werden daher auch als Waren gehandelt und erlangen einen nach Zeit und Ort wechselnden Handelspreis, der bei den Münzen Kurswert heifst[13]. Manche Regeln des Sachenrechts sind für Geldstücke um ihrer Geldeigenschaft willen durch besondere Rechtssätze abgeändert[14].

---

[10] Knies a. a. O. S. 147 ff.; Goldschmidt a. a. O. S. 1066.

[11] Der Metallwert kann höher oder niedriger als der Nennwert sein; höher z. B. bei Goldmünzen in Ländern mit Silberwährung, wie früher bei den deutschen Goldmünzen; niedriger infolge unterwichtiger Ausprägung, Abnutzung oder Festhaltung des Nennwertes älterer Silbermünzen in Ländern der Goldwährung, wie bei den deutschen Silbertalern. Die gesetzlichen Regeln über den Metallgehalt der auszuprägenden Münzen bilden den Münzfuß; sie bestimmen für jede Münzart den Feingehalt (Gewicht an Geldmetall), die Legierung (Zusatz von minder edlem Metall), das Schrot (Bruttogewicht) und das Korn (Verhältnis des Feingehalts zum Schrot). So für die deutschen Reichsgoldmünzen R.Ges. v. 4. Dez. 1871 § 1—4, Münzges. Art. 2 u. 12; für die Reichsscheidemünzen Münzges. Art. 3. — Vgl. Goldschmidt a. a. O. § 101—102; Koch a. a. O. S. 119 ff.

[12] Ein Spezieskauf von Münzen mit Geldeigenschaft kann vorkommen (z. B. behufs Erwerbes von drei Reichsgoldmünzen mit den Bildern der drei Kaiser aus dem Jahre 1888). Gattungskauf ist meist das Geldwechselgeschäft; Preufs. L.R. I, 16 § 80; Goldschmidt S. 1104 ff.; Hartmann a. a. O. S. 41; Karlowa a. a. O. S. 539 ff.; Bechmann, Kauf. II 153 ff.; Windscheid II § 385 Anm. 3. Doch kann es auch Tausch sein. Geldstücke können ferner als Sachindividuen den Gegenstand von Transport-, Verwahrungs-, Leihgeschäften usw., als Gattungssachen den Gegenstand von Verwahrungs- und Darlehnsgeschäften bilden.

[13] Goldschmidt S. 1103 ff.; Koch a. a. O. S. 117 ff. Auf den durch Angebot und Nachfrage bestimmten Kurswert wirkt einerseits der stoffliche Wert, andererseits aber auch die Geldkraft der Münzsorte ein. Der Kurswert kann den Nennwert übersteigen (so z. B. ehemals bei den deutschen Goldmünzen, so oft bei fremden Münzen, so auch bei Gold- und Silbermünzen in Ländern der Papierwährung) oder hinter ihm zurückbleiben. Die Differenz heifst Aufgeld oder Agio (bei niedrigerem Kurswert auch Disagio).

[14] Besonderheiten gelten nach B.G.B. § 935 Abs. 2, wie schon nach älteren Partikularrechten, hinsichtlich des Rechtserwerbes vom Nichtberechtigten. Nach gemeinem Recht auch hinsichtlich des Eigentumserwerbes durch Vermengung; Goldschmidt S. 1142, Hartmann S. 20 ff., Bekker § 75 Beil. III; a. M. Niemeyer, Z. f. H.R. XLII 20 ff. Vgl. ferner C.Pr.O. § 815 über die Pfändung von Geld.

Digitized by Google

Im Übrigen unterstehen die Geldstücke dem allgemeinen Fahrnisrecht[15]. Verliert eine Sache die Geldeigenschaft, so tritt sie vollständig unter das allgemeine Fahrnisrecht zurück[16].

Dem Gelde zur Seite entwickelt der fortschreitende Verkehr mit Hülfe des Kredits behufs Erleichterung des Geldumlaufs Geldzeichen. Dies sind an sich wertlose oder doch geringwertige Sachen, die eine von ihnen bezeichnete Geldmenge vertreten sollen. Sie sind kein eigentliches Geld, setzen vielmehr eine als Geld anerkannte andere Sachart voraus. Allein sie haben insoweit, als sie Geld zu vertreten befähigt sind, die Kraft von Geld und werden daher dem Gelde im weiteren Sinne des Wortes zugerechnet. Ob und in welchem Maſse sie rechtliche Geldkraft und somit die Eigenschaft von Geldzeichen im Rechtssinne besitzen, wird durch Rechtssätze bestimmt[17]. Der Staat aber stellt auch hier nicht nur diese Rechtssätze auf, sondern nimmt zugleich die ausschlieſsliche Befugnis in Anspruch, Geldzeichen in öffentlich beglaubigter Form auszugeben oder die Ermächtigung zu solcher Ausgabe zu erteilen[18]. Einen stofflichen Wert, den sie nicht an sich haben, können die Geldzeichen auch durch Verleihung der Geldkraft nicht erlangen[19]. Wohl aber einen von ihrem Nennwerte verschiedenen Kurswert[20]. Als körperliche Sachen sind sie, insoweit nicht für sie Besonderheiten gelten, dem gewöhnlichen Fahrnisrecht unterworfen[21].

---

[15] Goldschmidt § 105; Koch § 188.

[16] Die Münze behält ihren stofflichen Wert und kann überdies einen Seltenheitswert (Kunstwert, historischen Wert) erlangen (Münzsammlungen). Ein solcher Wert kann übrigens auch bei Münzen mit Geldeigenschaft in Betracht kommen; oben Anm. 12.

[17] Die „Geldzeichen“ sind scharf zu scheiden von den „Geldpapieren“, die in erster Linie ein Forderungsrecht auf einen bestimmten Geldbetrag verkörpern und zwar im Verkehr als Geldsurrogate verwandt werden können, niemals aber befähigt sind, mit unmittelbarer rechtlicher Wirkung bares Geld zu vertreten.

[18] Hinsichtlich der allgemeinen Geldzeichen ist hierzu in Deutschland nur das Reich befugt; V.U. Art 4 Z. 3, Münzges. Art. 18, R.Ges. v. 30. April 1874, 21. Dez. 1874 u. 14. März 1875.

[19] Mit Verlust der Geldzeicheneigenschaft werden sie wertlos oder geringwertig, sie müſsten denn einen Seltenheitswert (oben Anm. 16) gewinnen.

[20] Der Kurswert, auf den einerseits der Kurswert des vertretenen Geldes, andererseits der Kredit des Ausstellers einwirkt, kann über oder unter dem Nennwerte stehen.

[21] Die besonderen sachenrechtlichen Regeln für Geld (oben Anm. 14) erstrecken sich auch auf die allgemeinen Geldzeichen. Vgl. hinsichtlich der Pfändung R.Ger. b. Seuff. LIV Nr. 199.

Digitized by Google

II. Währungsgeld. Volles Geld ist nur das Währungsgeld. Währungsgeld ist heute nur Landesmünze in Landeswährung (inländische Kurantmünze).

Deutsches Währungsgeld sind die nach dem Reichsmarkfufs ausgeprägten Reichsgoldmünzen und neben ihnen noch die deutschen Silbertaler[22]. Die einzelnen Reichsgoldmünzen erlangen aber die Eigenschaft als Währungsgeld nicht, wenn sie infolge unterwichtiger Prägung nicht das „Passiergewicht" erreichen, und büfsen die Eigenschaft als Währungsgeld ein, wenn sie durch Abnutzung das „Passiergewicht" oder durch gewaltsame oder gesetzwidrige Beschädigung irgend etwas an Gewicht verloren haben[23]. Solche Münzen brauchen nicht in Zahlung genommen zu werden[24].

Da die Geldkraft des Währungsgeldes auf Rechtssatz beruht, kann sie ihm auch nur durch Rechtssatz ganz oder teilweise wieder entzogen werden. Der Staat kann als Gesetzgeber Währungsgeld verrufen (aufser Kurs setzen), übernimmt dann aber stets zugleich eine Verpflichtung zur Einlösung der noch vorhandenen Geldstücke[25]. Er kann auch die Geldkraft einer Münzsorte durch Herabsetzung des Nennwertes (Devalvation) oder durch Umwandlung einer Kurantmünze in Scheidemünze verringern[26].

Das Währungsgeld hat unbeschränkte Geldkraft. Es ist das gesetzliche Wertmafs, in dem der Vermögenswert in allen öffentlichen Urkunden und richterlichen Urteilen auszudrücken ist,

---

[22] Münzges. Art. 1 u. 15 Z. 1; sogenannte „hinkende Goldwährung".

[23] R.Ges v. 4. Dez. 1871 § 9 u. Münzges. Art. 2. Das Passiergewicht ist vorhanden, wenn nicht mehr als 5 Tausendstel am Normalgewicht fehlen. — Münzen ungenauer Prägung sollen überhaupt nicht ausgegeben werden, wenn die zulässige Fehlergrenze (Toleranz, Remedium) überschritten ist; sie beträgt ein Mehr oder Weniger von 2 Tausendsteln am Feingehalt und von $2^1/_2$ Tausendsteln am Gesamtgewicht; R.Ges. v. 4. Dez. 1871 § 7 u. Münzges. Art. 2. Privatrechtliche Bedeutung hat aber nur das Passiergewicht.

[24] Ihre Annahme ist zulässig. Doch ist öffentlichen Kassen und Banken ihre Wiederausgabe untersagt. Die durch Abnutzung entkräfteten (nicht die beschädigten) Münzen werden für Rechnung des Reichs zum Einschmelzen eingezogen und bleiben bis dahin gesetzliches Zahlungsmittel bei allen Reichs- und Staatskassen. R.Ges. v. 4. Dez. 1871 § 9.

[25] Das Münzges. Art. 8 hat den Bundesrat ermächtigt, die Aufserkurssetzung der Landesmünzen anzuordnen und unter Wahrung gesetzlicher Mindestfristen ihre Einlösung zu regeln. Über die von 1873 bis 1878 erfolgten Aufserkurssetzungen vgl. die b. Suhling S. 82 Anm. 1 angef. Bekanntmachungen.

[26] Das R.Ges. v. 6. Jan. 1876 ermächtigt den Bundesrat, die Silbertaler bis zu ihrer Aufserkurssetzung für Silberscheidemünzen mit dem Nennwerte von 3 Mark zu erklären.

Digitized by Google

und das gesetzliche Zahlungsmittel, das da, wo Vermögenswert zu leisten ist, gegeben und genommen werden mufs[27]. Unter mehreren Geldsorten mit Währungskraft eignet sich auch dann, wenn der Geldbetrag durch eine von ihnen bezeichnet ist, eine jede zum Zahlungsmittel, es müfste denn die Zahlung in einer bestimmten Geldsorte bedungen sein[28]. Ebenso kann die Zahlung auch eines Geldbetrages, der durch anderes als Währungsgeld ausgedrückt ist, mangels anderer Vereinbarung in Währungsgeld geleistet und gefordert werden[29].

Erfolgt die Wertfeststellung oder Wertübertragung in einer anderen als der ursprünglich zur Bezeichnung des Vermögenswertes gebrauchten Geldsorte, so mufs eine Umrechnung stattfinden[30]. Dabei richtet sich die Zahlungskraft des einheimischen Währungsgeldes nach dem Nennwerte[31]. Ist aufser Kurs gesetztes Geld in Währungsgeld umzurechnen, so entscheidet das zur Zeit der Aufserkurssetzung angenommene Verhältnis des Metallwertes, meist aber ein fester, gesetzlicher Mafsstab, der bei der Währungsänderung

---

[27] Münzges. Art. 14 § 1 u. 4. Vgl. Sächs. Gb. § 665.

[28] Eine Geldschuld mit bedungenem Zahlungsmittel (z. B. in Gold, in Doppelkronen, in Silbertalern) bleibt aber Wertschuld und ist scharf zu scheiden von der eigentlichen Geldsortenschuld, die auf Geldstücke als Gattungssachen geht; vgl. oben Anm. 12.

[29] So bei ausländischer und bei ehemaliger Währung. Ist die Geldsorte überhaupt aufser Kurs gesetzt, so tritt auch dann, wenn sie ausdrücklich als Zahlungsmittel bedungen war, das jetzige Währungsgeld an die Stelle; B.G.B. § 245. (Bei einer eigentlichen Geldsortenschuld liegt, wenn die Geldsorte nicht mehr im Umlauf ist, Unmöglichkeit der Erfüllung vor). Wenn dagegen die Geldsorte noch als freies Geld oder etwa als Scheidemünze (oben Anm. 26) umläuft, so ist sie zwar nicht mehr gesetzliches Zahlungsmittel für eine in ihr ausgedrückte Geldschuld, bleibt aber Zahlungsmittel, falls sie als solches vereinbart war. Vgl. Sächs. Gb. § 667—670.

[30] Über die zahlreichen hier einschlagenden Streitfragen vgl. bes. Goldschmidt S. 1161 ff., Bekker, Couponsprozesse S. 93 ff., Hartmann, Internationale Geldschulden (1882), Knies S. 406 ff., Windscheid II § 256, Beseler S. 499 ff., H. Kaufmann a. a. O. S. 35 ff.

[31] Vgl. Münzges. Art. 15. Wird der Nennwert einer Münzsorte herabgesetzt, so mindert sich ihre Zahlungskraft auch für einen in ihr ausgedrückten Geldbetrag, sie müfste denn als Zahlungsmittel bedungen sein. — Die Umrechnung einheimischer Münzsorten nach dem Kurswerte kann heute in Deutschland nicht mehr vorkommen. Sie begegnet aber da, wo neben dem Währungsgelde andere Münzen ausgeprägt oder beibehalten werden, die als gesetzliche Zahlungsmittel ohne gesetzlich festgestellten Zahlungswert anerkannt sind. So früher bei den unter der Herrschaft der Silberwährung ausgeprägten Goldmünzen.

Digitized by Google

fixiert zu werden pflegt[32]. Die Umrechnung eines in ausländischer Währung ausgedrückten Geldbetrages erfolgt nach dem Kurswerte, der zur Zeit der Zahlung für den inländischen Zahlungsort mafsgebend ist[33].

III. Unvollkommenes Geld. Es gibt Geld, das der vollen Geldkraft entbehrt, gleichwohl aber wahres Geld ist. Als solches Geld kommt in Deutschland, da das ehemalige Rechnungsgeld verschwunden ist[34], Barrengeld, ausländisches Geld und Scheidemünze vor.

1. Barrengeld ist kein gesetzliches Zahlungsmittel mehr, wird aber im Grofsverkehr und bei internationalen Wertausgleichungen als Zahlungsmittel verwandt und steht in einzelnen Beziehungen gesetzlich dem baren Gelde gleich[35].

2. Ausländisches Geld ist im Inlande weder gesetzliches Wertmafs noch gesetzliches Zahlungsmittel. Es ist aber Geld, kann daher im freien Verkehr sowohl zum Ausdruck von Vermögenswert wie zur Zahlung benutzt werden[36]. Wenn also fremde Münze in Zahlung gegeben und genommen wird, so ist dies Zahlung und nicht etwa Hingabe an Zahlungsstatt. Auch kann die Zahlung in fremdem Gelde wirksam ausbedungen werden. Doch liegt eine solche Vereinbarung nicht schon in der Festsetzung eines Geldbetrages in fremder Münze, sondern nur in deren ausdrücklicher Erhebung zum Zahlungsmittel, wie sie durch den Zusatz „effektiv" oder einen ähnlichen Zusatz zu erfolgen pflegt[37].

Der Staat kann ausländischem Gelde die Geldkraft ganz oder teilweise entziehen. Er kann eine fremde Münzsorte verrufen, indem er ihren Umlauf untersagt[38]. Er kann ihr auch

[32] Münzges. Art. 14 § 2 u. 3.

[33] Sächs. Gb. § 666; H.G.B. Art. 336; B.G.B. § 244.

[34] Vgl. Goldschmidt § 106, Koch S. 128; W.O. Art. 37, H.G.B. Art. 336. Das Rechnungsgeld als solches ist nur gesetzliches Wertmafs, nicht Zahlungsmittel; bei der eigentlichen „Rechnungswährung" ist aber das entsprechende Edelmetall in Barren gesetzliches Zahlungsmittel.

[35] Es gehört zum „Barvorrat" der Banken; auch mufs es von der Reichsbank in Banknoten umgetauscht werden; Bankges. § 9, 14, 17.

[36] Darum können auch Wechsel, obschon sie schlechthin nur ein reines Geldsummenversprechen enthalten dürfen, auf eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldsumme lauten; R.Ger. XXIII 111.

[37] W.O. Art. 37; H.G.B. Art. 336; B.G.B. § 244. — Anders geartet ist auch hier die eigentliche Geldsortenschuld.

[38] Hierzu ermächtigt das Münzges. Art. 13 den Bundesrat (Beispiele bei Sehling S. 83 Anm. 4, Laband S. 163 Anm. 1). Dann ist eine Verein-

Digitized by Google

durch Tarifierung einen höchsten zulässigen Zahlungswert beilegen[39].

Der Staat kann aber auch die Geldkraft ausländischer Münzen erhöhen. Er kann öffentliche Kassen ermächtigen oder auch verpflichten, sie zu bestimmtem Kurse („Kassenkurs") in Zahlung zu nehmen[40]. Er kann ihnen auch die Eigenschaft eines allgemeinen gesetzlichen Zahlungsmittels verleihen, so dafs sie der Landesmünze gleichstehen[41].

3. Scheidemünze ist Münze mit relativer Geldkraft. Sie wird in geringerem Metalle ausgeprägt und hat einen hinter dem Nennwerte erheblich zurückbleibenden Metallwert. In Deutschland sind alle in Silber, Nickel oder Kupfer ausgeprägten Reichsmünzen Scheidemünze[42]. Der Scheidemünze kommt volle Geldkraft für geringe Wertbeträge zu. An sich ist sie nur bei Beträgen, die unterhalb der kleinsten Kurantmünze bleiben, allgemeines gesetzliches Zahlungsmittel; in Deutschland reicht die volle Geldkraft der Reichssilbermünzen bis zum Betrage von zwanzig Mark, dagegen die der Nickel- und Kupfermünzen nur bis zum Betrage von einer Mark. Für höhere Beträge hat die Scheidemünze nur die Bedeutung von Geldzeichen. Reichssilbermünzen werden in jedem Betrage von den Reichs- und Landeskassen in Zahlung genommen. Gröfsere Beträge von Scheidemünze (bei Reichssilber-

---

barung, dafs die verbotene Münze Zahlungsmittel sein soll, nichtig. Als Ware kann jedoch die Münze behandelt werden. Vgl. Koch S. 126.

[39] Auch hierzu ermächtigt das Münzgesetz Art. 13 den Bundesrat.

[40] Das Münzges. Art. 13 befugt den Bundesrat nur, Reichs- und Landeskassen zur Annahme zu ermächtigen, nicht, sie zu verpflichten.

[41] Dies geschah z. B. infolge der Wiener Münzkonvention v. 24. Januar 1857 hinsichtlich der in den Vertragsstaaten ausgeprägten Vereinsmünzen. Im Deutschen Reiche blieben laut R.Ges. v. 20. April 1874 die bis zum Schlusse des Jahres 1867 geprägten österreichischen Vereinstaler und Vereinsdoppeltaler Währungsgeld. Sie sind aber auf Grund des R.Ges. v. 28. Febr. 1892 (durch Bekanntm. v. 8. Nov. 1900) aufser Kurs gesetzt. Hierbei übernahm das Reich eine Einlösungspflicht. An sich ist bei der Aufserkurssetzung von ausländischem Gelde eine staatliche Einlösungspflicht nicht begründet. Vgl. Laband III 166, 168 Anm. 2; Koch S. 126.

[42] Münzges. Art. 3. Eine Abweichung vom gesetzlich vorgeschriebenen Feingehalt ist bei Silbermünzen innerhalb einer bestimmten Fehlergrenze zulässig; ib. § 1. Ein Passiergewicht besteht hier nicht; doch verlieren Münzstücke, die durchlöchert oder anders als durch den gewöhnlichen Umlauf im Gewicht verringert oder verfälscht sind, jede Geldkraft; Scheidemünzen, die durch Abnutzung an Gewicht oder Erkennbarkeit erheblich eingebüfst haben, werden zwar noch in allen Reichs- und Landeskassen angenommen, sind aber auf Rechnung des Reiches einzuziehen; Münzges. Art. 10.

Digitized by Google

münzen von mindestens 200 Mark, bei Nickel- und Kupfermünzen von mindestens 50 Mark) müssen bei den vom Bundesrate bezeichneten Kassen in Reichsgoldmünzen umgetauscht werden[43]. Auch sind Scheidemünzen in jedem Betrage ein freies Zahlungsmittel[44].

IV. Geldzeichen. Die Rechtssätze, durch die gewisse unter öffentlicher Autorität ausgegebene Geldzeichen zugleich tatsächlich und rechtlich befähigt werden, allgemein Geld zu vertreten, können namentlich in drei Punkten auseinandergehen.

Zunächst ist grundsätzlich, wer Geldzeichen ausgegeben hat, verpflichtet, selbst sie zum Nennwerte in Zahlung zu nehmen. Denn sonst würde er ja mit seiner eigenen Erklärung, dafs die Zeichen Geld bedeuten sollen, in Widerspruch treten. Somit sind im Zweifel die von einem Staate ausgegebenen Geldzeichen bei allen Kassen dieses Staates, die von einer Bank ausgegebenen Geldzeichen bei den Kassen dieser Bank ein gesetzliches Zahlungsmittel. Durch positive Rechtsvorschrift kann auch noch anderen Verbandspersonen eine Annahmepflicht auferlegt sein[45]. Es ist aber auch möglich, dafs die Annahmepflicht des Ausgebers eingeschränkt ist[46].

Umgekehrt ist an sich eine Einlösungspflicht für den Ausgeber von Geldzeichen nicht begründet. Denn in der Erklärung, dafs eine Sache Geld bedeuten soll, liegt noch nicht das Versprechen, sie gegen Geld umzutauschen. Oft aber wird durch Rechtssatz dem Ausgeber eines Geldzeichens eine Einlösungspflicht auferlegt. Soweit dies der Fall ist, verbindet sich mit der Zeichenausgabe ein Schuldversprechen. Das Schuldverhältnis dient jedoch nur dem Zwecke, ein umlaufsfähiges Geldzeichen zu schaffen. Besteht eine unbeschränkte Einlösungspflicht, deren tatsächliche Erfüllung als gesichert gilt, so deckt sich, da jedem In-

---

[43] Münzges. Art. 9; Bekanntm. v. 19. Dez. 1875.

[44] Dafs Zahlung, nicht Hingabe an Zahlungsstatt vorliegt, wenn ein gröfserer Betrag in Scheidemünzen angenommen wird, ist schon durch die Fassung von Art. 9 Abs. 1 des Münzges. angedeutet.

[45] So besteht bei uns hinsichtlich der vom Reiche ausgegebenen Geldzeichen auch für die Einzelstaaten und hinsichtlich der von einer Bank ausgegebenen Banknoten auch für die übrigen Notenbanken eine Annahmepflicht; vgl. oben S. 96 u. unten S. 99 u. 101.

[46] Keine Annahmepflicht hat z. B. das Reich hinsichtlich gröfserer Beträge der von ihm ausgegebenen Nickel- und Kupfermünzen übernommen; Münzges. Art. 9. Manche Staaten schliefsen ihre eignen Geldzeichen bei gewissen an sie zu leistenden Zahlungen (z. B. Zöllen) aus. Verweigert ein Staat überhaupt die Annahme der eignen Geldzeichen, so ist der Staatsbankerott erklärt.

Digitized by Google

haber des Geldzeichens auf Verlangen dessen Nennbetrag in Landesmünze ausgezahlt werden mufs, der Wert des Geldzeichens mit dem Werte des von ihm vertretenen Geldes[47].

Immer sind die Geldzeichen im Verkehr ein freies Zahlungsmittel[48]. Denn da sie unter öffentlicher Autorität in Umlauf gesetzt sind, um Geld zu vertreten, kann Jedermann sich ihrer wie Geldes bedienen. Dagegen sind sie an sich kein gesetzliches Zahlungsmittel. Denn Niemand braucht, falls er sich nicht dazu besonders verpflichtet hat, statt Geldes ein blofses Zeichen für Geld in Zahlung zu nehmen. Durch Rechtssatz kann jedoch den Geldzeichen die Eigenschaft gesetzlicher Zahlungsmittel beigelegt werden. Hiermit ist jedoch noch nicht ausgeschlossen, dafs für ihren Zahlungswert ein wechselnder Kurswert bestimmend bleibt. Meist aber wird dann zugleich der Nennwert oder ein tarifierter anderer Wert zum „Zwangskurs" erhoben. Auch hierdurch werden die Geldzeichen nicht in wirkliches Geld verwandelt[49]. Allein es wird ihnen die rechtliche Kraft von Währungsgeld beigelegt. Man spricht daher in solchen Fällen von einer „Papierwährung"[50].

In eigentümlicher Weise verbindet, wie schon bemerkt ist, die Scheidemünze mit der Eigenschaft von relativem Gelde die eines allgemeinen Geldzeichens. Reine Geldzeichen dagegen sind die als solche ausgegebenen Papiere, unter denen man Papiergeld und Banknoten zu unterscheiden pflegt.

1. Papiergeld[51]. Der Ausdruck „Papiergeld" wird in sehr verschiedenem Sinne gebraucht[52]. Vornehmlich bezieht er sich auf papierne Geldzeichen, die vom Staate selbst ausgegeben sind,

[47] Der Kurswert papierner Geldzeichen kann im Auslande sogar wegen des leichteren Transportes höher stehen, als der Kurswert der vertretenen Metallmünzen. — Ist die Einlösungspflicht beschränkt oder das Vertrauen in ihre Erfüllung erschüttert, so kann hierdurch der Kurswert herabgedrückt werden.

[48] Dies gilt auch für ausländische Geldzeichen. Der Bundesrat kann aber ihre Verwendung als Zahlungsmittel in gleicher Weise wie bei fremden Münzen verbieten oder einschränken; oben Anm. 38.

[49] Abweichend Laband III 176. — Der Glaube, dafs man aus Papier wirkliches Geld machen könne, hat oft unheilvoll gewirkt.

[50] Vgl. Goldschmidt S. 1211 ff., Knies S. 349 ff.

[51] Goldschmidt S. 1197 ff.; Koch a. a. O. § 108 und in Stengels Wörterb. des Verwaltungsr. II 205 ff.; Hartmann a. a. O. S. 55 ff.; Laband III 175 ff.; Regelsberger I § 106.

[52] Sehr unbestimmt z. B. in der Deut. V.U. Art. 4 Z. 3 u. dem Bankgesetz § 54.

Digitized by Google

um statt Landesmünze umzulaufen[53]. In Deutschland gehören hierher zurzeit nur die vom Reiche ausgegebenen Reichskassenscheine. Das ältere Staatspapiergeld ist eingezogen, neues darf nur auf Grund eines Reichsgesetzes ausgegeben werden[54].

Die Reichskassenscheine müssen bei allen Reichs- und Staatskassen zum Nennwerte in Zahlung genommen und von der Reichshauptkasse für Rechnung des Reiches auf Verlangen jederzeit gegen bares Geld eingelöst werden[55]. Im Privatverkehr findet ein Zwang zu ihrer Annahme nicht statt[56]. Sie vermögen jedoch auch im Privatverkehr die von ihnen bezeichnete Reichsmünze zu vertreten und bilden daher ein freies allgemeines Zahlungsmittel[57].

2. Banknoten[58]. Banknoten sind Geldzeichen, die von einer Bank (Notenbank, Zettelbank) ausgegeben sind. Ihre Ausgabe setzt staatliche Ermächtigung voraus[59]. Der Staat verleiht durch ein Privileg das Recht der Notenemission und schafft zugleich die erforderlichen Garantien für den gehörigen Gebrauch dieses Rechtes. In Deutschland kann nur noch das Reich Noten-

---

[53] Sog. „Staatspapiergeld". Über „Kommunalpapiergeld" vgl. Thöl, H.R. I 631.

[54] R.Ges. v. 16. Juni 1870, Münzges. Art. 18, R.Ges. v. 30. April 1874 § 2 u. 8.

[55] R.Ges. v. 30. April 1874 § 5. — Für beschädigte oder unbrauchbare Stücke hat die Reichsschuldenverwaltung, der die Ausgabe der Reichskassenscheine übertragen ist, stets dann für Rechnung des Reiches Ersatz zu leisten, wenn das ihr vorgelegte Stück zu einem echten Reichskassenschein gehört und mehr als die Hälfte eines solchen beträgt; ausnahmsweise kann sie nach pflichtmäßigem Ermessen auch in anderen Fällen Ersatz leisten; a. a. O. § 6.

[56] R.Ges. v. 30. April 1874 § 5 Abs. 2.

[57] Wer mit Kuntze, Inhaberpapiere S. 426 ff., Thöl I 629, Laband III 175 ff., Landsberg S. 516 und vielen Anderen zum Begriffe des Papiergeldes Zwangskurs fordert und das Einlösungsversprechen mit diesem Begriffe für unvereinbar hält, kann natürlich die Reichskassenscheine nicht als Papiergeld anerkennen und muß folgerichtig jede Zahlung in Reichskassenscheinen als Hingabe an Zahlungsstatt deuten. Vgl. hiergegen Goldschmidt S. 1198 ff., Koch b. Endemann II 116 u. 129, Regelsberger I 104.

[58] Goldschmidt S. 1224 ff.; Koch b. Endemann II 132 ff.; Laband III 145 ff.; Cosack, H.R. § 56.

[59] Dies ist in Deutschland stets festgehalten. Wenn anderswo (wie in Nordamerika) die Notenausgabe zeitweise freigegeben wurde, so erwies sich dieses System bald als unhaltbar. Doch bestehen auch heute Unterschiede in dem Maße der Verstaatlichung des Notenwesens. Insbesondere ist die Notenausgabe bald einer einzigen Zentralbank vorbehalten, bald vielen Banken gestattet.

Digitized by Google

privilegien erteilen[60]. Das Reich hat der Reichsbank ein unbeschränktes Notenprivileg verliehen[61]. Daneben hat es die vorher von anderen Banken („Privatnotenbanken") erworbenen Notenprivilegien in dem Umfange, in dem sie erworben waren, als fortbestehend anerkannt[62]. Die Privatnotenbanken sind den reichsgesetzlichen Vorschriften über Notenausgabe und der Aufsicht des Reiches unterworfen[63]. Ihre Noten dürfen an sich nur in dem Gebiet des Staats, von dem ihr Privileg herrührt, umlaufen[64], erlangen aber Umlaufsfähigkeit im ganzen Reichsgebiet, sobald die Bank eine Reihe von Beschränkungen und Verpflichtungen auf sich nimmt, wie sie in den Hauptpunkten auch für die Reichsbank gelten[65].

Die Form der deutschen Banknoten ist die von Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Doch gehören sie gleichwohl nicht zu den Wertpapieren, sondern zu den Geldzeichen[66]. Denn ein gleiches Summenversprechen an den Inhaber ist stillschweigend in jeder Ausgabe eines einlösbaren Geldzeichens enthalten. Das ausdrückliche Summenversprechen macht nur auf jeder Banknote deren

---

[60] Bankges. v. 14. März 1875 § 1. Und zwar bedarf es der Form des Reichsgesetzes.

[61] Bankges. § 16. Doch wird die Notenemission mittelbar durch die Vorschriften über die Banknotendeckung (vgl. unten Anm. 72) und durch die Erhebung der Banknotensteuer von dem ein bestimmtes Kontingent übersteigenden Betrage ungedeckt umlaufender Noten (Bankges. § 9—10) eingeschränkt.

[62] Die Privilegien bleiben an alle Beschränkungen, unter denen sie erteilt sind, gebunden. Ihre Erweiterung ist nur unter Mitwirkung des Reiches zulässig; Bankges. § 1 u. 47 (mit einer Ausnahme für Bayern). Verloren wird das Privileg nicht nur durch Ablauf der ihm gesetzten Zeit, Verzicht, Konkurseröffnung oder satzungsmäfsige Verfügung der Landesregierung, sondern auch durch gerichtliche Aberkennung wegen Mifsbrauchs auf Klage des Reichskanzlers oder der Landesregierung; Bankges. § 49—53, vgl. oben Bd. I 307 Anm. 19 u. 531 Anm. 77.

[63] Bankges. § 3—10 u. 47—48.

[64] Bankges. § 43. Auch darf die Bank, wenn sie sich nicht die Umlaufsfähigkeit ihrer Noten im ganzen Reichsgebiet verschafft, auswärts kein Bankgeschäft betreiben; ib. § 42.

[65] Bankges. § 44—46. Dazu gehört namentlich auch die Einräumung eines Kündigungsrechtes ähnlicher Art, wie es nach § 41 das Reich gegenüber der Reichsbank hat, an den Heimatstaat und an das Reich.

[66] Vgl. Gierke a. a. O. S. 252 ff., Regelsberger I 404, Cosack, B.R. § 45 Z. 5 d (anders früher H.R. § 56). A. M. Kuntze a. a. O. § 111, Koch S. 117 u. 131 ff. Vermittelnd Goldschmidt, Z. f. H.R. XIX 326, Brunner b. Endemann II 204, O.L.G. Celle b. Seuff. LII Nr. 25 (usuelles Geld).

Digitized by Google

stete Einlösbarkeit ersichtlich[67]. Auch hier ist das für den jeweiligen Inhaber begründete Forderungsrecht nur ein Mittel für den Zweck, ein Papier zu schaffen, das gleich barem Gelde umzulaufen vermag. Dieses Forderungsrecht hat seinen Schwerpunkt nicht in der Erfüllung, sondern in der Möglichkeit der Erfüllung. Es entbehrt der selbständigen Bedeutung, die bei den Wertpapieren dem beurkundeten Rechte zukommt. Darum mufs die Summenschuld so eingerichtet sein, wie dies der Zweck eines Geldzeichens erfordert. Sie kann nur auf einen runden Betrag von Währungsgeld nach der gesetzlich vorgeschriebenen Stückelung lauten und ist notwendig abstrakt, unverzinslich und bei Sicht fällig. Auch sind die Institute der Kraftloserklärung und der Festmachung hier durchaus unanwendbar[68].

Die Banknoten müssen von der Bank, die sie ausgegeben hat, zum Nennwerte in Zahlung genommen werden[69]. Darüber hinaus ist allen Notenbanken, deren Noten im ganzen Reichsgebiet umlaufen dürfen, eine wechselseitige Annahmepflicht auferlegt[70].

Jede Bank ist gesetzlich zur steten Einlösung ihrer Noten gegen Währungsgeld verpflichtet[71]. Um hierzu imstande zu sein, soll sie für ihre umlaufenden Noten stets Deckung bereit halten. Nach deutschem Recht soll mindestens ein Drittel der Deckung in Gold, kursfähigem deutschen Gelde oder Reichskassenscheinen bar vorhanden, der Rest durch diskontierte Wechsel von längstens

---

[67] So wenig, wie der Unterschied zwischen stillschweigendem und ausdrücklichem Einlösungsversprechen, kann der von Goldschmidt, Handb. S. 1205 ff., u. Brunner S. 144 betonte Unterschied zwischen „publizistischer" und „privatrechtlicher" Einlösungspflicht eine Wesensverschiedenheit von Papiergeld und Banknoten begründen; Gierke a. a. O. S. 253 Anm. 1, Regelsberger S. 404 Anm. 5.

[68] Für vernichtete oder verlorene Noten braucht die Bank keinen Ersatz zu leisten; für beschädigte Noten hat sie Ersatz zu leisten, falls ihr mehr als die Hälfte einer Note vorgelegt oder bei Vorlegung eines geringeren Teiles der Nachweis, dafs der Rest vernichtet sei, geführt wird; Bankges. § 4 Abs. 2—3. Beschädigte oder beschmutzte Noten dürfen von der Bank nicht wieder ausgegeben werden; ib. § 5. Aufruf und Einziehung der Noten ist nur auf Anordnung oder mit Genehmigung des Bundesrats statthaft; ib. § 6.

[69] Bankges. § 4 Abs. 1.

[70] Bankges. § 19 u. § 44 Z. 5. Dagegen ist eine Annahmepflicht für die Reichs- und Staatskassen nicht begründet und kann auch für Staatskassen durch Landesgesetz nicht begründet werden; ib. § 2. Anders früher in Preufsen; Goldschmidt a. a. O. S. 1230 Anm. 54.

[71] Bankges. § 4 Abs. 1, § 18, § 44 Z. 4, § 45, § 50 Z. 3. — Über Banknoten mit suspendierter Einlösungspflicht vgl. Goldschmidt S. 1230 Anm. 56.

Digitized by Google

dreimonatlicher Laufzeit mit mindestens zwei zahlungsfähigen Schuldnern gesichert sein[72].

Im Verkehr sind die Banknoten ein freies Zahlungsmittel[73]. Gesetzliches Zahlungsmittel sind die deutschen Banknoten nicht[74].

V. Relative Geldzeichen. Neben den allgemeinen Geldzeichen begegnen relative Geldzeichen, die ausgegeben sind, um bei Zahlungen bestimmter Art Geld zu vertreten. Dahin gehören manche unter öffentlicher Autorität ausgefertigte und beglaubigte Marken, wie Briefmarken[75], Stempel- und Versicherungsmarken[76]. Sie sind weder bloſse Quittungen noch auch Wertpapiere[77], sondern Geldzeichen, die für gewisse Zahlungen an die Postkassen, die Steuerkassen oder die Versicherungsanstalten ein gesetzliches und regelmäſsig sogar das allein zulässige Zahlungsmittel bilden[78]. Insoweit haben sie Geldkraft. Sie sind aber kein allgemeines Zahlungsmittel. Für den Umlauf sind sie nicht bestimmt, sie werden sogar nach einmaliger Verwendung für eine bestimmungsmäſsige Zahlung entwertet[79]. Wenn sie auch wegen ihres leicht realisierbaren Gebrauchswertes als Zahlungsmittel bei häufig zu bewirkenden Zahlungen vielfach zum Nennwerte statt Geldes genommen werden, so liegt doch darin immer nur eine Hingabe an Zahlungsstatt. Ähnliche relative Geldzeichen können auch von Privatpersonen ausgegeben werden[80]. Ihre Bedeutung erschöpft sich dann darin,

---

[72] Bankges. § 17 u. § 44 Z. 3.

[73] Brunner a. a. O. S. 204; Koch a. a. O. S. 138; Gierke a. a. O. S. 253; Regelsberger a. a. O. S. 404; Cosack, B.R. § 45 Z. 2 c (anders früher H.R. § 56 Z. 4). Dagegen sieht nicht nur Laband (oben Anm. 57), sondern auch Goldschmidt S. 1228 in der Bezahlung mit Banknoten nur Hingabe an Zahlungsstatt; ebenso O.L.G. Celle b. Seuff. LII Nr. 25 S. 48.

[74] Bankges. § 2. — Über ausländische Banknoten mit Zwangskurs vgl. Goldschmidt S. 1230 ff.

[75] Kohler, Die Briefmarken im Recht, Arch. f. b. R. VI 316 ff.

[76] L. Laſs, Versicherungsmarke und Quittungskarte, Marburg 1891.

[77] Kohler a. a. O. S. 316 ff., 318 ff.; Laſs a. a. O. S. 12 ff., 15 ff.

[78] Kohler a. a. O. S. 324 ff.; Laſs a. a. O. S. 17 ff.

[79] Kohler a. a. O. S. 336 ff.; Laſs a. a. O. S. 55 ff. Die entwertete Marke bleibt möglicherweise Beweismittel. Sie kann auſserdem einen Wert für Markensammler haben. — Eine Kraftloserklärung der Marken findet nicht statt. — Die ausgegebenen Marken können verrufen (auſser Kurs gesetzt), müssen dann aber eingelöst oder gegen neue gleichwertige Marken umgetauscht werden; Kohler S. 334 ff., Laſs S. 51 ff.

[80] So z. B. Marken von Privatpostanstalten. Auch Speisemarken, Biermarken usw. können als bloſse Zahlungsmittel gemeint sein, sind aber der Regel nach Forderungspapiere; Kohler S. 318 Anm. 6; a. M. Laſs S. 20 Anm. 2.

Digitized by Google

dafs der Aussteller sie bei Zahlungen, für die er dies versprochen hat, als Zahlungsmittel gelten lassen mufs.

§ 108. Die Wertpapiere[1].

I. Urkunden überhaupt. Zu den Gegenständen des Sachenrechts gehören die Urkunden: Sachen, die mit Zeichen ver-

---

[1] Vgl. namentlich H. Brunner in Endemanns Handb. II 140 ff.; auch Art. „Wertpapiere" in Holtzendorffs Rechtslex. III 1309 ff. v. Savigny, Obl.R. II 88 ff. Bekker, Die Geldpapiere, Jahrb. des gem. R. 1 266 ff., 361 ff. Kuntze, Prinzip u. System der Handelspapiere, Z. f. D.R. VI 1 ff. L. Goldschmidt, Miscellen zur Theorie der Wertpapiere, Z. f. H.R. XXVIII 63 ff.; auch ebenda VII 313 ff., IX 62 ff., XXXVI 124 ff., 596 ff.; System (3. Aufl.) S. 145 ff. Gierke, Z. f. H.R. XXIX 254 ff. Carlin, Zur rechtlichen Natur der Wertpapiere, ebenda XXXVI 6 ff. H. O. Lehmann, Zur Theorie der Wertpapiere, Marburg 1890. J. Landsberg, Eine Frage aus der Lehre der Skripturobligation von deren Grundzügen aus beantwortet, Frankf. a. M. 1891. K. Adler, Studien zur Lehre von den Wertpapieren und dem Wechsel, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XXVI 19 ff. E. Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deut. Reichs, Jena 1901; dazu Pappenheim, Krit. V.Schr. XLIV 334 ff. — Von den Lehrb. des D.P.R. bes. Bluntschli § 116 ff.; Beseler § 86; Stobbe III § 171 u. 178 ff., Stobbe-Lehmann III § 219 u. 253 ff.; Franken § 67—68; Gerber-Cosack § 235—237. — Von denen des Handelsrechts Thöl § 211—232; Endemann § 84 ff.; Gareis § 76 ff. — Dernburg, Preufs. P.R. II § 12, 86 ff., 249 ff. — Randa, Das Eigentum S. 310 ff., 355 ff. — Lehrb. des bürg. R. v. Cosack II § 254 ff.; Crome I § 63, II § 310 ff.; Endemann I § 196. — Knies, Der Kredit, Berlin 1879, I 172 ff.

Von den Schriften über Inhaberpapiere (unten § 112 Anm. 1) sind für die allgemeine Theorie der Wertpapiere von besonderer Bedeutung: Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren, Leipzig 1857. Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, Leipzig 1857. Renaud, Z. f. D.R. XIV 315 ff. G. Binding, Z. f. H.R. X 400 ff. Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, Berlin 1873, S. 108 ff. Pappenheim, Begriff und Arten der Papiere auf Inhaber im Sinne des Art. 307 des D. H.G.B., Berlin 1881. G. Wttewaall, Het Toonderpapier, 's-Gravenhage 1893. A. Bruschettini, Trattato dei titoli al portatore, Torino 1898.

Aus der Literatur des Wechselrechts: Kuntze, Deutsches Wechselrecht, Leipzig 1862; Kuntze u. Brachmann in Endemanns Handb. IV, 2, Leipzig 1884. H. O. Lehmann, Lehrbuch des Wechselrechts, Stuttgart 1886. v. Canstein, Lehrbuch des Wechselrechts, Berlin 1890. Cosack, H.R. § 42 ff. Pappenheim, Z. f. H.R. XXXII 332 ff., XXXIII 444 ff., XXXVIII 293 ff. Affolter, ebenda XXXIX 375 ff. Grünhut, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XIX 295 ff.; Wechselrecht, 2 Bde., Leipzig 1897. Dernburg, B.R. II, 2 § 245 ff.

Zur Geschichte der Wertpapiere: Brunner, Z. f. H.R. XXII 1 ff., 60 ff., 505 ff., XXIII 225 ff.; Das französische Inhaberpapier im Mittelalter, Berlin 1879. Goldschmidt, Z. f. R.G. XXIII, Romanist. Abt. S. 352 ff.; Univ.Gesch.

Digitized by Google

sehen sind, durch die ein Gedankeninhalt kundgemacht werden soll. Als bewegliche körperliche Sachen unterliegen sie dem Fahrnisrecht.

Urkunden, die als Rechtsurkunden über ein Recht Auskunft geben, stehen in einem Zusammenhange mit dem verbrieften Recht und folgeweise mit einem unkörperlichen Gegenstande. Dieser Zusammenhang kann sich in obligationsrechtlichen Ansprüchen auf Herausgabe oder Vorlegung der Urkunde äufsern[2]. Bei manchen Rechtsurkunden aber gewinnt er eine unmittelbar sachenrechtliche Bedeutung, indem er eine Schicksalsgemeinschaft zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen begründet.

Nach dem B.G.B. gilt allgemein für jede Urkunde, die ein Recht auf Leistung verbrieft, die Regel, dafs die Zuständigkeit des Rechtes und das Eigentum an der Urkunde und ebenso die begrenzten Rechte am Rechtsgegenstande und an der Urkunde zusammenfallen[3]. Dies bedeutet für den gewöhnlichen Schuldschein und jede sonstige blofs akzessorische Urkunde eine sachenrechtliche Unselbständigkeit, vermöge deren die körperliche Sache dem unkörperlichen Gegenstande als ihm von Rechtswegen zugehörig folgt[4]. Hiermit gewinnen die für die Begründung, Übertragung oder Belastung des verbrieften Rechtes geltenden Regeln in Ansehung der Urkunde zugleich fahrnisrechtliche Kraft und entscheiden an Stelle der sonst für bewegliche körperliche Sachen

---

des H.R. S. 385 ff. Gareis, Z. f. H.R. XXI 349 ff. G. des Marez, La lettre de foire à Ypres au XIII. siècle, Bruxelles 1901. — Insbesondere zur Geschichte der Inhaberpapiere: Duncker, Z. f. D.R. V 30 ff. Eigenbrodt, Jahrb. f. D. II 181 ff. Platner, Arch. f. c. Pr. XLII 111 ff. Euler, Z. f. H.R. I 63 ff. Kuntze, ebenda II 570 ff., V 198 ff. Stobbe, ebenda XI 397 ff. Hecht, Ein Beitrag zur Geschichte der Inhaberpapiere in den Niederlanden, 1869. v. Poschinger, Beitrag zur Geschichte der Inhaberpapiere in Deutschland, 1875. G. Salvioli, I titoli al portatore nella storia del diritto Italiano, Bologna 1883. — Zur Geschichte des Wechsels noch: Biener, Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte, 1848; Wechselrechtliche Abhandlungen, 1859. Neumann, Geschichte des Wechsels im Hansagebiet, 1873. Lastig, Z. f. H.R. XXIII 149 ff. Goldschmidt, ebenda XXVIII 69 ff., XXXIII 444 ff., U.G. S. 403 ff. A. Schaube, Z. f. R.G. XIV 111 ff.; Z. f. H.R. XLIII 1 ff. C. Freundt, Das Wechselrecht der Postglossatoren, T. I, Leipzig 1899.

[2] Vgl. z. B. B.G.B. § 402, 444, 810.

[3] B.G.B. § 952. Die Fassung der Regel ist hier nur auf Urkunden rein akzessorischer Art zugeschnitten; mit der erforderlichen Anpassung aber, die schon bei den in Abs. 2 hervorgehobenen Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefen notwendig ist, trifft die Regel auch für Wertpapiere zu.

[4] Über die Verwandtschaft mit einem Pertinenzverhältnis vgl. oben § 105 Anm. 61.

Digitized by Google

geltenden Regeln über die sachenrechtlichen Schicksale der Urkunde[5]. Dagegen kehrt sich dieses Verhältnis insoweit um, als der Urkunde die Eigenschaft eines Wertpapiers zukommt. Denn insoweit besteht vielmehr eine Abhängigkeit des Rechtes von der Urkunde, so dafs das Recht der Urkunde folgt und die für körperliche bewegliche Sachen geltenden Regeln zugleich die Schicksale des Rechtes beherrschen. Nur erfahren gerade deshalb die Regeln des Fahrnisrechts in ihrer Anwendung auf Wertpapiere mancherlei Abwandlungen.

Das Institut der Wertpapiere hat also für das Sachenrecht eine zwiefache Bedeutung, indem es einerseits den Machtbereich des Sachenrechts durch die Erstreckung auf unkörperliche Gegenstände aufserordentlich erweitert, andererseits eine neue Sachart einführt, für die mancherlei besondere Rechtssätze gelten.

II. Begriff, Geschichte und Wesen der Wertpapiere. „Wertpapier" ist eine Urkunde, durch die das Subjekt des in ihr beurkundeten Rechts bestimmt wird[6]. Die Urkunde ist also nicht blofs Beweismittel, sondern Träger des Rechts; das Recht wird von ihr nicht nur bekundet, sondern ist in seinem Bestande an sie geknüpft. Man spricht von einem „Wertpapier", weil das Papier mit dem verbrieften Recht, das immer ein Vermögensrecht ist, zugleich dessen Wert in sich aufnimmt und im Verkehr diesen Wert vertritt[7].

Der allgemeine Begriff des Wertpapiers ist erst von der neueren Rechtswissenschaft aufgestellt und in die deutsche Gesetzessprache erst durch das Handelsgesetzbuch eingeführt[8]. Doch gipfelt in ihm eine Entwicklung, die auf die Anfänge der germanischen Umbildung des römischen Urkundenwesens zurückweist[9].

---

[5] Doch kann zwischen den Beteiligten Abweichendes vereinbart, somit die Urkunde einem selbständigen sachenrechtlichen Schicksal unterworfen werden; Prot. III 645; R.Ger. LI Nr. 18; Planck, Biermann, Kober zu § 952. Jedenfalls bildet die Urkunde stets einen besonderen Gegenstand des Besitzes. Mit dem Erlöschen des Rechts wird sie eine gewöhnliche bewegliche Sache. — Vgl. unten § 131 I 5 d.

[6] Oben Bd. I 264. Ähnlich Cosack, B.R. § 254.

[7] Goldschmidt, U.G. S. 385 ff. Damit, dafs die „Verwertung" des Rechts durch die Inhabung der Urkunde bedingt ist (Brunner b. Endemann S. 147), hängt der Name nicht zusammen. — Mit Rücksicht darauf, dafs der Wert des Papiers durch das Vertrauen auf die Erfüllung des in ihm enthaltenen Versprechens bedingt ist, spricht man auch von „Kreditpapieren".

[8] Brunner a. a. O. S. 140 ff. Der Sprachgebrauch der Gesetze ist jedoch bis heute sehr unsicher. Vgl. Jacobi a. a. O. S. 11 ff.

[9] Dies hat namentlich Brunner in seinen oben Anm. 1 angef. rechts-

Digitized by Google

Sie nahm ihren Ausgang von der Verwendung der Urkunde zur Begründung von Rechtsverhältnissen[10]. Von der schlichten Beweisurkunde über ein anderweit entstandenes Recht schied sich so die „konstitutive“ oder „dispositive“ Geschäftsurkunde, durch deren Geben und Nehmen das beurkundete Recht zur Entstehung gebracht wurde. Die konstitutive Urkunde war freilich noch kein Wertpapier. Damit sie ein solches werde, mufsten Einrichtungen hinzutreten, die das begründete Recht auf die Dauer an die Urkunde banden. Dies aber geschah frühzeitig durch die Einfügung verschiedenartiger Klauseln, die der Urkunde auch bei der Geltendmachung oder Übertragung des begründeten Rechts eine Rolle zuteilten[11]. Die weitere Entwicklung ging bei den einzelnen Arten konstitutiver Urkunden, aus denen die Wertpapiere entsprangen, besondere Wege. Überall aber kam dabei die durch den germanischen Sachbegriff ermöglichte Vorstellung zum Durchbruch, dafs die Urkunde als bewegliche körperliche Sache das Recht irgendwie in sich aufnehme. Diese Vorstellung wurde schliefslich von dem konstitutiven Charakter der Urkunde ganz unabhängig, so dafs der Begriff des Wertpapiers heute auch auf Urkunden Anwendung findet, die nur für die Verwertung und nicht für die Begründung des beurkundeten Rechts bedeutungsvoll sind[12].

Das Wesen des Wertpapiers beruht auf einer eigentümlichen Verbindung einer körperlichen und einer unkörperlichen Sache. Das Papier als Sachkörper bleibt ein selbständiges Fahrnisstück und untersteht dem Fahrnisrecht; allein weil es seinen Wert nicht seinem Stoff, sondern lediglich seinem unsinnlichen Gehalt verdankt, erscheint es als eine besonders geartete Sache, für die das

---

geschichtlichen Arbeiten dargetan. Goldschmidt behauptet hellenischen Ursprung der Inhaber- und Orderpapiere; Z. f. R.G. a. a. O.; U.G. S. 390 ff. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die von ihm nachgewiesenen antiken Urkundenformen als wahre Inhaber- und Orderpapiere aufgefaſst werden dürfen. Denn ein Zusammenhang zwischen ihnen und den mittelalterlichen Wertpapieren ist jedenfalls höchst unwahrscheinlich.

[10] Vgl. oben Bd. 1 291 Anm. 35.

[11] So die später zu besprechenden Präsentationsklauseln, Orderklauseln und Inhaberklauseln.

[12] Brunner b. Endemann S. 147 definiert daher: „Wertpapier ist eine Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist.“ Ähnlich Gareis, H.R. S. 660, Jacobi S. 20 ff. Indes ist zu beachten, dafs die nicht konstitutiven Wertpapiere doch nur Ausnahmeerscheinungen sind und gegenüber dem normalen Typus des konstitutiven Wertpapieres sich als unvollkommene Wertpapiere darstellen; Lehmann, Theorie S. 5 ff.

Digitized by Google

gewöhnliche Fahrnisrecht um der mitbetroffenen unkörperlichen Sache willen Abwandlungen erleidet. Das verbriefte Recht behält sein unsinnliches Wesen und unterliegt den für Rechte seiner Art geltenden Sätzen; allein weil und soweit es die Schicksale des Papiers teilt, tritt es in die Sphäre eines Sachkörpers ein und verfällt der Herrschaft von Rechtssätzen, die sonst auf Rechte seiner Art nicht anwendbar sind. Dieses Verhältnis läfst sich als Verkörperung des Rechtes im Papier vorstellen und kurz bezeichnen[13]. Damit ist ausgedrückt, dafs das Papier als körperliche Sache und der Gegenstand des verbrieften Rechts als unkörperliche Sache wesensverschieden sind und bleiben, jedoch im Bereiche ihrer Verbindung ein einheitliches Rechtsgebilde darstellen, das seiner äufseren Seite nach durch den es zur Erscheinung bringenden Sachkörper und seiner inneren Seite nach durch das in ihm zur Erscheinung kommende Recht bestimmt wird.

Die Verwirklichung dieses Gedankens aber ist der Abstufung fähig[14]. Die Verbindung zwischen körperlicher und unkörperlicher Sache kann unlöslich oder löslich, der Einflufs des unsinnlichen Gehalts auf die sachenrechtlichen Schicksale des sinnlichen Trägers kann schwächer oder stärker, die Abhängigkeit des verkörperten Rechts von Verhältnissen und Vorgängen aufserhalb des Papiers kann in weiteren oder engeren Grenzen beseitigt sein. Es gibt daher vollkommene und unvollkommene Wertpapiere und verschiedene Grade der Unvollkommenheit; eine Urkunde kann sogar nur in bestimmter Richtung als Wertpapier, im übrigen als blofse Beweisurkunde funktionieren[15]. Hieraus erklärt es sich, dafs der Begriff des Wertpapiers etwas Schwankendes hat, dafs der

[13] Das Bild der „Verkörperung" (oder auch der „Vergegenständlichung", der „Einverleibung", der „Darstellung" usw.) hat sich namentlich seit Savigny a. a. O. S. 99 eingebürgert. Vgl. Kuntze, Inhaberp. S. 267 ff.; Bluntschli § 116; Gerber § 161; Knies S. 195; Gierke S. 255 ff.; Goldschmidt, Z. f. H.R. XXXV 256, U.G. S. 386 Anm. 16; Gareis, H.R. § 76 III; Carlin a. a. O. S. 7; Cosack b. Gerber § 235; Randa S. 312 Anm. 6; R.Ger. XV 59, XXII 129 u. 130, XXXI 21 ff., XXXVI 159, XXXVII 119, Seuff. XLIX Nr. 112, L Nr. 255. — Mit Unrecht verwirft Brunner a. a. O. S. 142 ff. den Verkörperungsgedanken; er lehnt sogar die farblose Bezeichnung des Papiers als „Träger" des Rechtes ab. Ebenso Landsberg S. 48 ff.

[14] Dies verkennt Pappenheim, Krit. V. Schr. XLIV 337, wenn er nur bei skripturrechtlichen Wertpapieren von „Verkörperung" des Rechts sprechen will. Schon die Zulassung der Kraftloserklärung ist eine Abschwächung des Verkörperungsgedankens.

[15] Vgl. Brunner S. 149 ff., der jedoch in nicht ganz glücklicher Weise „absolute" und „relative" Wertpapiere unterscheidet, u. bes. Lehmann,

Digitized by Google

Sprachgebrauch der Gesetze und des Lebens ihn bald in weiterem bald in engerem Sinne nimmt und dafs auch über seine wissenschaftliche Abgrenzung mancherlei Zweifel walten[16].

Bei dieser Sachlage ist begreiflicher Weise die Zahl der Rechtssätze, die für alle Wertpapiere gelten, nur gering. Doch lassen sich die für die einzelnen Gattungen von Wertpapieren ausgebildeten Rechtssätze trotz ihrer Mannigfaltigkeit auf gemeinsame Grundgedanken zurückführen.

III. Begründung. Das vollkommene Wertpapier spielt als konstitutive Urkunde schon für die Begründung des beurkundeten Rechts eine wesentliche Rolle. Es gibt aber Wertpapiere, die erst nachträglich ein ohne sie begründetes Recht verkörpern.

1. Das konstitutive Wertpapier entsteht durch ein die Schaffung der Urkunde und des beurkundeten Rechtes verflechtendes Rechtsgeschäft.

Dieses Rechtsgeschäft ist als ein Vertrag aufzufassen[17]. Es stammt von dem alten Urkundungsakte, der ein durch Übergabe der Urkunde zwischen ihrem Aussteller und ihrem Destinatär vollzogener Vertragsschlufs war[18]. Mit der Ausbildung des Wertpapiergedankens hat es neue Momente in sich aufgenommen, je-

---

Theorie S. 3 ff., der in sorgfältiger Untersuchung die Unterscheidung zwischen „vollkommenen" und „unvollkommenen" Wertpapieren durchführt.

[16] Keinesfalls darf man ihn mit Thöl, H.R. § 211, auf alle Urkunden „mit vermögensrechtlichem Inhalt" erstrecken. Aber auch die blofs konstitutiven Urkunden, die Lehmann S. 45 zu den unvollkommenen Wertpapieren rechnet, sind auszuscheiden, da sie das Subjekt des Rechts nicht dauernd bestimmen; Brunner S. 145 ff., Gareis, H.R. § 76 II, Cosack, B.R. § 254, Jacobi S. 21. Dagegen sind Urkunden, die nur für die Übertragung oder nur für die Ausübung des verbrieften Rechts wesentlich sind, als unvollkommene Wertpapiere anzuerkennen; R.Ger. XXXVII Nr. 30. Ganz willkürlich ist es, wenn K. Adler a. a. O. S. 25 alle Rektapapiere ausscheiden will.

[17] Vgl. Thöl, W.R. § 54 ff., 125; Goldschmidt, Z. f. H.R. VI 341 ff., XIII 344 ff., XXIII 306, XXVIII 84 ff., XXXVI 124 ff., System S. 148 ff.; Bluntschli § 117a; Gerber § 161, 209; Renaud, W.R. § 12; Gareis, Die Kreationstheorie, Amberg 1868, Arch. f. Wechselr. XVII 266 ff., H.R. § 78 I, 79 I, 80 III, 89; Binding, Z. f. H.R. X 400 ff.; Sohm, ebenda XVII 79; Brunner a. a. O. S. 160 ff.; Gierke a. a. O. S. 257 ff.; Pappenheim, Inhaberp. S. 8 ff., Z. f. H.R. XXXII 332 ff., XXXIII 444; Franken S. 497 ff.; Jacobi a. a. O. S. 172 ff. Dazu R.O. H.G. XIX 33, R.Ger. II 90, XIV 24, XXXV 76, Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XLVIII Nr. 123, O.L.G. Rostock ib. LII Nr. 103.

[18] Brunner a. a. O. S. 165 ff., Z. f. H.R. XXII 89 ff., 510 ff., 529 ff., Zur R.G. der Urk. I 79 ff., 86 ff.; Gareis Z. f. H.R. XXI 356 ff.; Goldschmidt, U.G. S. 387.

Digitized by Google

doch seine Vertragsnatur nicht abgestreift. Noch immer stellt es sich als ein Begebungsvertrag dar, der zwischen dem Aussteller und dem Destinatär einer Urkunde durch deren Geben und Nehmen geschlossen wird. Damit das Wertpapier als solches zustande komme, mufs einerseits der Aussteller das seine Verpflichtungserklärung in gehöriger Form enthaltende Papier durch eine rechtswirksame Handlung weggegeben, andererseits eine durch die Fassung des Papiers zum Erwerbe des Rechts berufene Person das Papier durch eine rechtswirksame Handlung hingenommen haben.

Demgegenüber konstruiert eine neuere Lehre das konstitutive Rechtsgeschäft als einseitigen Rechtsakt. Der „Vertragstheorie" stellt sich die „Kreationstheorie" entgegen.

Die eigentliche Kreationstheorie läfst die Verpflichtung des Ausstellers aus einem Wertpapier schon durch die Ausstellung der Urkunde entstehen[19]. Ihr zufolge ist mit der formgerechten Niederschrift des Versprechens die in ihm ausgedrückte Willensgebundenheit rechtlich fixiert und somit das beurkundete Recht geschaffen. Es bedarf daher keiner Weggabe des Papiers. Vielmehr entfaltet das Papier auch dann, wenn es seinem Aussteller abhanden gekommen oder von ihm in rechtsunwirksamer Weise begeben war, alle seinem Wortlaut entsprechenden Wirkungen[20]. Es bedarf auch keiner Hinnahme des Papiers. Nur von Wenigen freilich wird dem Papier schon in der Hand des Ausstellers volle Wirksamkeit beigelegt[21]. Allein wenn im übrigen die Perfektion

---

[19] Diese Theorie ist schon von Sachsse, Z. f. D. R. XIV 54 ff., u. Bekker a. a. O. S. 367 ff. aufgestellt, vor allem aber von Kuntze begründet und ausgebaut, bes. Inhaberp. S. 58 ff., 332 ff., 357, Arch. f. Wechselr. VIII 345 ff., XIV 3 ff., Deut. Wechselr. S. 46 ff.. 293 ff., b. Endemann S. 70 ff., Z. f. H.R. VI 15 ff., Schletters Jahrb. XIII 17 ff. Ihr huldigen auch: Endemann, H.R. § 83, 86; Siegel a. a. O. S. 108 ff.; Dernburg, Preufs. P.R. II § 12, 257, Pand. II § 9, B.R. III § 79; Randa a. a. O. S. 312 (seit 1873); Carlin a. a. O. S. 9 ff.; v. Canstein, W.R. S. 234 ff.; Grünhut, Zeitschr. S. 288 ff., W.R. I 272 ff.; Cosack b. Gerber § 236, B.R. § 255, 269 (jedoch nach § 272 nicht für Rektapapiere); Bruschettini a. a. O. S. 245 ff.; Enneccerus, B.R. I § 338.

[20] Vgl. bes. Bekker S. 291; Kuntze, Inhaberp. S. 373 ff., Z. f. H.R. VI 20; Siegel S. 114; Dernburg, Preufs. P.R. II § 12 Anm. 9; Carlin a. a. O. S. 18 ff.; Grünhut, Zeitschr. S. 297 ff., W.R. I 279 ff.; auch Jhering, Jahrb. f. D. X 455, Wttewaall a. a. O. S. 14 ff.

[21] Dies ergibt sich, wenn man mit Bekker a. a. O. S. 288 ff. u. Volkmar u. Loewig, Z. f. H.R. II 552 ff., Wechselordn. S. 561 ff., das kreierte Papier selbst zum Gläubiger erhebt. Aber auch Siegel a. a. O. S. 108 läfst das Schuldverhältnis aus dem Versprechen fertig hervorspringen. Ebenso die

Digitized by Google

des Rechtsverhältnisses erst in den Zeitpunkt verlegt wird, in dem das Papier in eine geeignete fremde Hand gelangt ist, so soll doch eine zur Begründung des Rechtsverhältnisses mitwirkende Handlung des Erwerbers in keiner Weise erforderlich sein. Vielmehr genügt nach der strengen Kreationstheorie jeder wie immer beschaffene Besitzerwerb durch eine im Papier berufene Person[22]. Neuere Theorien verlangen redlichen Besitzerwerb[23] oder Eigentumserwerb[24].

Eine Abwandlung der Kreationstheorie ist die Emissionstheorie, die an der Schaffung des Rechtsverhältnisses durch einseitigen Rechtsakt festhält, jedoch zur Vollendung dieses Aktes die Weggabe des Papiers fordert[25]. Die strenge Emissionstheorie sieht jede Art der Weggabe einerseits und des Besitzerwerbes andererseits als ausreichend an. Eine neuere Theorie, die sich stark der Vertragstheorie nähert, verlangt auf Seiten des Ausstellers eine Eigentumsübertragungshandlung und auf Seiten des Erwerbers Eigentumserwerb[26].

Die Kreationstheorie ist unhaltbar. Erst durch die Weggabe der Urkunde löst der Aussteller das in ihr ausgedrückte Versprechen von sich ab; bevor er seine Verpflichtungserklärung in die Aufsenwelt entlassen hat, ist sie für die Aufsenwelt nicht vorhanden. Wird die Urkunde ihm gestohlen oder von ihm verloren, so hat er den beurkundeten Willen überhaupt nicht geäufsert; gibt er sie im Zustande der Geschäftsunfähigkeit oder sonst in ungültiger Weise weg, so ist seine Willensäufserung unwirksam. Mithin entsteht für ihn in solchen Fällen, falls nicht ein positiver Rechtssatz das Gegenteil bestimmt, nicht die papiergemäfse Verpflichtung[27]. Aber auch die gehörige Weggabe der

---

angebliche Vertragstheorie von Affolter, Z. f. H.R. XXXVII 469 ff., XXXIX 576 ff., nach der durch die Ausstellung ein Schuldverhältnis entsteht, bei dem der Aussteller zugleich Schuldner und Gläubiger ist. — Vgl. dagegen R.Ger. b. Seuff. LII Nr. 77.

[22] So nach Kuntze a. a. O., der nur mit der exceptio doli Hülfe gegen den unredlichen Erwerber schafft. Vgl. auch Bruschettini S. 275.

[23] So Grünhut a. a. O. („Redlichkeitstheorie").

[24] So Randa a. a. O. u. Carlin a. a. O. S. 16 ff. („Eigentumserwerbstheorie"); desgleichen Cosack a. a. O.

[25] Vgl. Jolly, Krit. V. Schr. II 552 ff.; Stobbe III § 171 IV, b. Lehmann § 219 IV; Beseler § 86 IV; Unger, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. I 372 (früher verteidigte er die Vertragstheorie, Inhaberp. S. 106 ff., 111 ff.); Kohler, Arch. f. b. R. VI 329 ff.

[26] Lehmann, Wechselr. S. 207 ff., Theorie S. 8 ff. („Eigentumsverschaffungstheorie").

[27] Vgl. bes. Bluntschli § 117a; Goldschmidt, Z. f. H.R. III 275,

Urkunde genügt noch nicht zur Begründung des beurkundeten Rechtsverhältnisses; auch die Emissionstheorie ist verfehlt. Durch die Weggabe der Urkunde ist immer erst das Angebot des beurkundeten Rechts vollzogen. Dieses Angebot mufs angenommen sein, damit der Rechtserwerb zustande komme. Fehlt es an jeder Annahmehandlung oder ist die Annahmehandlung unwirksam, so ist das Rechtsverhältnis nicht entstanden.

Die Kreationstheorie enthält jedoch richtige Gedanken, die der Vertragstheorie eingefügt werden müssen, um sie mit dem Wesen der Wertpapiere in Einklang zu setzen[28].

Zunächst ist schon das Ausstellen des Wertpapiers in der Tat ein Schöpfungsakt. Nur ist, was mit der Fertigstellung der Urkunde geschaffen ist, noch kein Rechtsverhältnis, sondern die objektive Unterlage für ein solches. Eine Veränderung in der Sachenwelt hat sich vollzogen, eine indifferente körperliche Sache hat durch Aufnahme einer unkörperlichen Sache besondere rechtliche Eigenschaften empfangen, ein wertloses Papierstück ist in eine zur Wertträgerschaft geeignete Urkunde verwandelt. Darum ist, wenn der Aussteller eine solche Urkunde begibt, Gegenstand der Übergabe ein bereits mit Vermögenswert erfüllter Sachkörper[29]. Darum kann aber auch, wenn eine solche Urkunde ohne Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt, dem Aussteller eine Haftung aus ihr auferlegt werden, ohne dafs ihm der Abschlufs eines Rechtsgeschäftes angedichtet zu werden brauchte[30]. Denn wer eine Sache herstellt, die im Falle ihres Abhandenkommens den Schein erregen mufs, als sei sie ein in den Verkehr gegebenes

---

XXXVI 124 ff.; Pernice, ebenda XX 298; Brunner S. 167; Pappenheim, Inhaberp. S. 15 ff.; Gierke S. 258; Gareis, H.R. § 89 Anm. 8. Desgleichen Jolly a. a. O. S. 554; Stobbe III 109; Unger a. a. O. S. 372. Vgl. aber unten Anm. 30 ff.

[28] Vgl. Gierke a. a. O. S. 257 ff.; Pappenheim, Z. f. H.R. XXXIII 448; Goldschmidt, ebenda XXXVI Anm. *. Vgl. auch K. Adler a. a. O. S. 35.

[29] Vgl. R.Ger. II Nr. 3 (Erfüllung eines mündlichen Schenkungsversprechens durch Aushändigung eines eigenen Wechsels über die Summe als Erfüllung durch Übergabe des geschenkten Vermögenswerts; anders B.G.B. § 518 Abs. 1 S. 2); XXXV Nr. 50.

[30] Mithin folgt auch aus der gesetzlichen Einführung einer solchen Haftung noch keineswegs eine gesetzliche Sanktionierung der Kreationstheorie. Selbst ohne gesetzliche Grundlage wird die Haftung auch von Anhängern der Vertragstheorie, wie Binding a. a. O. S. 420 u. Thöl, H.R. § 224 Anm. 8, und der Emissionstheorie, wie Kohler a. a. O. S. 330 ff., verteidigt.

Digitized by Google

Wertpapier, handelt auf eigene Gefahr[31]. Es entspricht daher der deutschen Rechtsanschauung, wenn er, insoweit er für die Ausstellung der Urkunde verantwortlich ist, auch die daraus für den redlichen Verkehr entspringende Gefahr zu tragen hat[32]. Hieraus folgt freilich an sich nur seine Haftung für den durch seine Handlung verursachten Schaden[33]. Allein durch Rechtssatz kann diese Haftung in die Form der Festhaltung des Ausstellers bei der beurkundeten Verpflichtung gegossen werden[34]. Nur bleibt auch dann die papiergemäfse Verpflichtung dessen, der das Papier nicht begeben hat, eine Ersatzverbindlichkeit aus Schadensverursachung ohne rechtsgeschäftliche Grundlage[35]. Sie tritt daher nicht absolut, sondern immer nur gegenüber dem redlichen Nehmer ein, der das Papier im Vertrauen darauf, dafs es ordnungsmäfsig in den Verkehr gebracht sei, erworben hat[36].

---

[31] Unzutreffend ist jedoch die Fiktion einer rechtsgeschäftlichen Übernahme der Gefahr, womit das R.O.H.G. XVII 150 ff. die Haftung des Ausstellers begründen wollte. Unzureichend, obschon sie zuweilen zutreffen kann, ist die Herleitung der Haftung aus Verschulden; so Binding a. a. O. und (für die Fälle gesetzlicher Auferlegung der Haftung) Lehmann, Theorie S. 34 ff. (analog der Haftung aus Nichtbewachung eines gefährlichen Tieres). Auch die Berufung auf die bona fides des Verkehrs (vgl. z. B. Kohler a. a. O. S. 332) reicht nicht hin. Zutreffend Jacobi S. 181 ff.

[32] Natürlich trägt er stets nur die Gefahr seiner eigenen Handlung, nicht die einer Fälschung. Auch für eine ihm abgezwungene Niederschrift ist der Aussteller nicht verantwortlich. Ebensowenig für eine im Zustande der Verpflichtungsunfähigkeit hergestellte Urkunde. Dagegen kann sich der Aussteller auf rechtsgeschäftlichen Irrtum oder Mangel der Ernstlichkeit des Willens bei Herstellung der Urkunde nicht berufen (anders zum Teil Kohler a. a. O. S. 332, Cosack, B.R. § 255; vgl. auch Jacobi S. 183 ff.). Und es bedarf, um ihn haftbar zu machen, keines Verschuldens in Ansehung des Vorganges, der das Papier aus seiner Hand gebracht hat.

[33] So auch Lehmann a. a. O. S. 35.

[34] So für Inhaberpapiere B.G.B. § 794; für Staatsschuldverschreibungen schon Württ. Ges. v. 16. Sept. 1852 Art. 15. Natürlich kann auch ein Satz des Gewohnheitsrechtes Gleiches bestimmen. Dafs aber auf Grund der Entsch. des R.O.H.G. XVII 150 ff. ein solches Gewohnheitsrecht zum Durchbruch gekommen sei, läfst sich nicht mit Thöl a. a. O. behaupten.

[35] Die Sache liegt ähnlich, wie beim falsus procurator; oben Bd. I 301 Anm. 82, B.G.B. § 179.

[36] Das Gegenteil wollte Entw. I bestimmen; vgl. Gierke, Entw. S. 229 ff. Und zwar im Sinne der in den Motiven II 697 verfochtenen Kreationstheorie ganz folgerichtig. Denn wenn die Ausstellung ohne Begebung Verpflichtungsgrund ist, so ist nicht einzusehen, warum die Verpflichtung durch das Wissen des Erwerbers um die Nichtbegebung ausgeschlossen werden soll. Hieran scheitern die oben Anm. 23—24 erwähnten Ermäfsigungen der Kreationstheorie.

Digitized by Google

Sodann ist das Geben des Wertpapiers in der Tat eine einseitige Handlung, der die urkundliche Verkörperung der angebotenen Willensgebundenheit einen selbständigen Inhalt verleiht. Dieser Inhalt ist nicht Schaffung, sondern nur Angebot des beurkundeten Rechts. Allein das Angebot erfolgt in und mit dem Papier. Darum genügt die einfache Weggabe, die „Emission“ oder „Ausgabe“ des Papiers, um die in ihm enthaltene Verpflichtungserklärung vom Aussteller abzulösen und als annahmefähigen Vertragsantrag in die Welt zu setzen. Die Weggabe selbst mufs sich als eine gültige Entäufserungshandlung darstellen[37]. Ist sie aber erfolgt, so trägt das Papier das in ihm ausgedrückte Versprechen unabhängig vom Willen des Emittenten fort. Der Vertragsantrag entfaltet alle dem Papier entsprechenden Wirkungen; eine im Papier nicht ausgedrückte Einschränkung entbehrt der dinglichen Kraft[38]. Die Gebundenheit des Ausstellers besteht, so lange das Papier sich aufserhalb seines Machtbereiches befindet; sein Angebot erlischt nicht, wenn er es auch vor der Annahme widerruft oder stirbt oder verfügungsunfähig wird[39]. Und das Papier trägt den Antrag weiter, an wen immer es gegeben war; es vermag auch dann, wenn es zuerst in die unrechte Hand geraten war, den Antrag dem berufenen Versprechensempfänger zu übermitteln[40].

---

[37] Andernfalls gelten gleiche Regeln, wie im Falle des Abhandenkommens der ausgestellten Urkunde. Dagegen kommt, wenn die Begebungshandlung die Erfordernisse einer rechtsgeschäftlichen Entäufserung erfüllt, ein im Augenblicke der Ausstellung vorhanden gewesener Willensmangel (damalige Verpflichtungsunfähigkeit, damaliger Mangel einer erforderlichen Genehmigung usw.) nicht mehr in Betracht; vgl. Schultze, Z. f. Civilproz. XXII 146.

[38] Gibt daher der Aussteller das Wertpapier unfertig aus der Hand (Wechselblankett, Blankoakzept usw.), so vertraut er dem Papier auch das Angebot der Fertigstellung seines Versprechens durch Ausfüllung an; er mufs sich die Ausfüllung auch durch spätere Erwerber des Papiers (Erben, Käufer, Konkursverwalter usw.) gefallen lassen und kann die Einrede der vertragswidrigen Ausfüllung gutgläubigen Dritten nicht entgegensetzen; vgl. bes. R.O.H.G. VI Nr. 10, VII Nr. 55, XIV Nr. 24, XVII Nr. 45, XXI Nr. 105, R.Ger. VIII Nr. 13, XIV Nr. 7, XIX Nr. 27, XXIII Nr. 18, XXXII Nr. 19, Seuff. XXXVIII Nr. 58, XLVII Nr. 145 u. 286.

[39] Auch bei der Ausfüllung eines begebenen Blanketts entscheidet lediglich der Zeitpunkt der Begebung, so dafs es unerheblich ist, wenn der Aussteller zur Zeit der Ausfüllung verstorben oder geschäftsunfähig ist; R.Ger. XI Nr. 2, XXXIII Nr. 10. — Gelingt dem Emittenten die Rückziehung des Papiers vor der Annahme, so kann er sein Angebot entkräften.

[40] Ist das Namenpapier irrtümlich einem Anderen als dem Genannten übergeben, so wird der Emittent gleichwohl verpflichtet, sobald es nachträglich an den Destinatär gelangt. Gleiches gilt, wenn das Inhaberpapier zuerst an

Digitized by Google

Endlich ist auch das Nehmen des Wertpapiers eine einseitige Handlung, die durch die wertpapiermäfsige Einkleidung des Rechtes einen selbständigen Inhalt empfängt. Dieser Inhalt ist nicht Besitznahme von einem fertigen Recht, sondern Annahme eines angebotenen Rechts. Allein die Annahme erfolgt nach Mafsgabe des mit und in dem Papier hingestellten Antrags und wird durch Aneignung des Papiers vollzogen. Darum genügt die einfache Hinnahme des Papiers, um das beurkundete Recht zu erwerben. Diese Hinnahme mufs sich als eine gültige Erwerbshandlung darstellen. Allein es ist gleichgültig, aus wessen Händen sie erfolgt. War das Papier zuerst in die unrechte Hand gegeben oder an eine erwerbsunfähige Person gelangt, so kann der erste zur Annahme berufene und befähigte Nehmer gleichwohl sich das vom Aussteller dargebotene Recht aneignen [41]. Der Begebungsvertrag kommt zustande, sobald der vom Papier fortgetragene Antrag eine dem Papier gemäfse Annahme gefunden hat. Die Verkörperung der Willensgebundenheit in einer beweglichen körperlichen Sache macht eine unmittelbare Berührung zwischen den Vertragsteilen entbehrlich.

2. Bei dem nicht konstitutiven Wertpapier entsteht das verbriefte Recht durch einen von der Ausstellung des Papiers unabhängigen Vorgang. Hier bedeutet also die Ausstellung des Wertpapiers nur die urkundliche Verkörperung eines vorhandenen Rechts. Das gehörig begründete Rechtsverhältnis erzeugt freilich vielfach für den einen Teil die Verpflichtung zur Aushändigung und für den andern Teil den Anspruch auf Empfang eines formgerechten Wertpapiers. Ein Begebungsvertrag aber wird hier durch das Geben und Nehmen nicht geschlossen. Zu den nicht konstitutiven Wertpapieren gehören das Konnossement, der Ladeschein, der Lagerschein und die Transportversicherungspolice [42]. Nicht konstitutive Wertpapiere sind ferner die Aktienurkunden

---

einen Geschäftsunfähigen gegeben war und später in die Hand eines erwerbsfähigen Nehmers kommt. Vgl. Goldschmidt, Z. f. H.R. XXVIII 112 ff.

[41] So in den in der vorigen Anm. erwähnten Fällen.

[42] Denn in diesen Urkunden werden Forderungsrechte verbrieft, die bereits durch den (formfreien) Abschlufs des Fracht-, Lager- oder Versicherungsvertrages entstanden waren. Auf die Aushändigung eines Konnossements, eines Ladescheins des Binnenschiffahrtsrechts und einer Seeversicherungspolice hat der Berechtigte nach der gesetzlichen Regel, auf die eines sonstigen Ladescheins und eines Lagerscheins nur im Falle besonderer Abrede ein Recht; H.G.B. § 642, B.Sch.G. § 72, H.G.B. § 784, 444, 424. — Dagegen ist der Bodmereibrief konstitutiv; Jacobi S. 319.

Digitized by Google

oder Interimsscheine und die Kuxscheine[43]. Auch die Hypotheken- und Grundschuldbriefe haben mit der Ausgestaltung zu Wertpapieren keineswegs zugleich eine konstitutive Kraft empfangen[44]. Doch nehmen sie nach dem B.G.B. eine Mittelstellung ein, da nach seinen Vorschriften das Briefgrundpfandrecht zwar gleichfalls durch Eintragung in das Grundbuch entsteht, aber bis zur Übergabe des Briefes an den eingetragenen Gläubiger dem Eigentümer zusteht und somit erst durch Geben und Nehmen der Urkunde sich zum Vollrecht entfaltet[45].

IV. Recht am Papier. Das Wertpapier bildet als bewegliche körperliche Sache den Gegenstand von Besitz, Eigentum und begrenztem dinglichen Recht. Es unterliegt der Pfändung durch Besitznahme[46]. Mit ihm kann reale Sicherheit bestellt, auch kann es öffentlich hinterlegt werden[47]. Zur Verfolgung der Rechte am Wertpapier sind die sachenrechtlichen Klagen gegeben[48].

In allen diesen Beziehungen gelten für Wertpapiere die allgemeinen Regeln des Fahrnisrechts, soweit nicht Abwandlungen besonders begründet sind. Solche Abwandlungen gelten bei allen Wertpapieren, nehmen aber bei den einzelnen Gattungen ungleiche Gestalt an. Immer beruhen sie darauf, daſs diese körperliche Sache nur um des in ihr verkörperten Rechtes willen einen Gegenstand des Rechtsverkehrs bildet[49].

---

[43] Die Mitgliedschaftsrechte in der Aktiengesellschaft entstehen mit der Eintragung der A.G. oder im Falle der Schaffung neuer Aktien mit der Eintragung der Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister, bevor Aktienurkunden oder Interimsscheine ausgegeben werden dürfen; H.G.B. § 200, 287; R.Ger. XXXI Nr. 3 S. 21 ff., XLI Nr. 3; Gierke, Jahrb. f. D. XXXV 187, Encykl. v. Holtzendorff-Kohler I 949. Ebenso entstehen die Kuxe in der Gewerkschaft mit deren Errichtung.

[44] So entstand nach preuſs. R. die Grundschuld trotz notwendiger Verkörperung in einem Grundschuldbrief mit der Eintragung ins Grundbuch; Dernburg, Preuſs. Hyp.R. II 82.

[45] B.G.B. § 1117, 1163 Abs. 2. Die zur Begründung des dinglichen Gläubigerrechts erforderliche Übergabe ist rechtsgeschäftliche Übergabe nach Fahrnisrecht; doch begründet der Besitz des Briefes eine Vermutung für erfolgte Übergabe. Die Übergabe kann durch Vereinbarung der Aushändigung des Briefes durch das Grundbuchamt ersetzt werden; dann entsteht das Gläubigerrecht schon mit der Eintragung.

[46] C.Pr.O. § 808, 830, 831.

[47] B.G.B. § 232—234, 372; C.Pr.O. § 108.

[48] Grundsätzlich abweichend Thöl, H.R. I 700 ff.; auch Gönner, Staatsschulden § 70—72, Unger, Inhaberp. S. 136 ff., Brunner, Wertp. S. 148.

[49] Allgemein muſs, wer ein Wertpapier verkauft oder sonst entgeltlich

Digitized by Google

V. Recht aus dem Papier. Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier. Die am Wertpapier begründeten sachenrechtlichen Verhältnisse erstrecken sich also auch auf das verbriefte Recht.

Darum ist die Zuständigkeit des Rechts am Papier an das Eigentum am Papier geknüpft[50]: der jeweilige Papiereigentümer und nur er ist das Subjekt des verbrieften Rechts[51]. Ebenso deckt sich Niefsbrauch oder Pfandrecht am Recht aus dem Papier mit dem Niefsbrauch oder Pfandrecht am Papier. Die Möglichkeit aber, das Recht aus dem Papier auszuüben, hängt in ähnlicher Weise vom Besitz des Papiers ab, wie jeder Sachgebrauch am Besitze hängt.

Gleichwohl behält das Recht aus dem Papier seine selbständige Wesenheit: es bleibt je nach seinem Gegenstande Mitgliedschaftsrecht, Immobiliarsachenrecht, Forderungsrecht usw. Somit entscheiden über seinen Inhalt die Regeln des Körperschaftsrechts, Liegenschaftsrechts, Obligationenrechts usw. Hiernach bestimmen sich auch die Wirkungen eines an ihm begründeten Niefsbrauchs oder Pfandrechts, hiernach Art und Mittel seiner Ausübung.

VI. Übertragung. Bei allen Wertpapieren fallen die Rechtsnachfolge in das Eigentum am Papier und der Eintritt in

---

veräufsert oder belastet, für den Bestand des verbrieften Rechtes und dafür, dafs das Papier nicht zwecks Kraftloserklärung aufgeboten ist, einstehen; hierbei gelten die Regeln über Haftung für Mängel im Recht, nicht die über Haftung für Sachmängel. B.G.B. § 437, 445.

[50] Dieser für die Theorie der Wertpapiere grundlegende Satz hat sich neuerdings wachsende Zustimmung errungen. Vgl. Goldschmidt, Z. f. H.R. VIII 326 ff., 330 ff., IX 62 ff., XXVIII 67 ff.; Brunner S. 163 ff., 207 ff.; Pappenheim, Inhaberp. S. 40 ff.; Gierke a. a. O. S. 256 ff.; Randa, Besitz § 11 Anm. 48, Eigent. § 12 Anm. 6; Lehmann, Wechselr. S. 255 ff., Theorie S. 18 ff.; Carlin a. a. O. S. 23 ff.; Canstein, Wechselr. S. 232; Affolter, Z. f. H.R. XXXIX 375 ff.; Cosack b. Gerber S. 400, B.R. § 254. — Abweichend Thöl, H.R. I § 225 u. 226, W.R. § 175; Unger, Inhaberp. S. 136 ff.; Grünhut, Zeitschr. S. 319 ff., W.R. I 288 ff.; Landsberg a. a. O. S. 41 ff.; Wttewaall a. a. O. S. 33 ff.; Jacobi S. 103 ff. (vgl. aber über die bei ihm begegnenden Unklarheiten Pappenheim, Krit. V. Schr. XLIV 342 ff.); ferner für Inhaberpapiere die unten § 112 Anm. 62—67 Genannten.

[51] Bei dem konstitutiven Wertpapier wird der Nehmer des Papiers nur dann und immer dann der erste Berechtigte, wenn er mit dem Besitz zugleich das Eigentum erwirbt. An der nicht konstitutiven Urkunde erwirbt der erste Berechtigte regelmäfsig schon, wenn sie hergestellt ist, auf Grund des § 952 B.G.B. das Eigentum; andernfalls wird sie erst mit seinem Eigentumserwerbe zum Wertpapier. Jeder spätere Berechtigte erwirbt gleichzeitig mit dem Recht das Eigentum.

Digitized by Google

das beurkundete Recht notwendig zusammen[52]. Entsprechendes gilt für die Abzweigung eines Niefsbrauchs oder eines Pfandrechts.

Darum dient das Wertpapier als Übertragungsmittel für das in ihm verkörperte Recht. Die rechtsgeschäftliche Abtretung oder Belastung des Rechts wird durch eine sachenrechtliche Begebung vollzogen, die auf die Urkunde als körperliche Sache gerichtet und nach den Regeln des Fahrnisrechtes zu ihrer Übereignung oder Belastung geeignet ist. Bei manchen Gattungen von Wertpapieren ist aufserdem eine auf Abtretung oder Belastung des beurkundeten Rechts gerichtete Willenserklärung erforderlich, die bald als Vermerk auf dem Papier selbst, bald aufserhalb des Papiers abgegeben wird. Allein auch bei ihnen kommt, falls der Gedanke des Wertpapiers voll durchgeführt ist, der Rechtsübergang nur durch die hinzutretende sachenrechtliche Begebung zustande[53].

Urkunden, die bei der Rechtsübertragung keine Mittlerrolle spielen, können gleichwohl in Ansehung der Rechtsausübung die Eigenschaft von Wertpapieren haben, erscheinen dann aber als unvollkommene Wertpapiere[54].

---

[52] Hierin stimmen die Anhänger der Eigentumstheorie überein. Manche von ihnen aber (wie Goldschmidt, Carlin, Lehmann, Gareis, Randa, Cosack) erkennen bei den skripturrechtlichen Wertpapieren nur eine Sukzession in das Papiereigentum an, während sie das verkörperte Recht bei jedem Papiereigentümer neu entstehen lassen; vgl. unten § 109 V.

[53] Dies gilt auch für Rektapapiere; vgl. unten § 110 Anm. 26. Wenn Cosack, B.R. § 272, sich für seine gegenteilige Ansicht, nach der das Eigentum am Rektapapier durch Rechtsabtretung ohne Übergabe erworben werden kann, auf B.G.B. § 952 beruft, so zeigt schon die besondere Hervorhebung der Hypotheken- und Grundschuldbriefe in § 952 Abs. 2 in Verbindung mit B.G.B. § 1154, dafs § 952 diese Tragweite nicht haben kann. Die Rechtsabtretung kommt eben bei allen vollkommenen Rektapapieren nicht ohne Übergabe der Urkunde zustande.

[54] So werden Forderungspapiere (z. B. Sparkassenbücher oder Versicherungspolicen) öfter in der Weise ausgestellt, dafs die Geltendmachung der Forderung an den Besitz der Urkunde gebunden ist, die Übertragung der Forderung dagegen ohne gleichzeitige Übergabe der Urkunde möglich bleibt. Dann wird durch blofsen Abtretungsvertrag Eigentum und durch Verpfändungsvertrag in Verbindung mit der in B.G.B. § 1280 vorgeschriebenen Anzeige Pfandrecht an der Urkunde erworben. Der Rechtserwerb bleibt indes bis zur Erlangung des Papierbesitzes unvollkommen, da bis dahin das Recht nicht ausgeübt werden kann. Gesetzlich besteht ein derartiges Verhältnis hinsichtlich der Übereignung bei Kuxscheinen (Preufs. Bergges. § 103, Berlin. O.Tr.Entsch. LXXX 290, Arndt, Komm. zu § 106 Anm. 1), während zur Verpfändung hier die Übergabe des Kuxscheines erforderlich ist (Bergges. § 108); das Anhalt. Bergges.

Digitized by Google

VII. Ausübung. Das vollkommene Wertpapier dient als Mittel der Ausübung des in ihm verbrieften Rechts. Darum entspricht dem Besitz des Papiers die Möglichkeit der Ausübung des Rechts aus dem Papier, so dafs, wenn Eigentum und Besitz am Papier auseinander fallen, auch Recht und Rechtsausübung sich zweien.

Der Besitz des Papiers ist daher regelmäfsig erforderlich, um das Recht aus dem Papier auszuüben. Wer dem Aussteller gegenüber das verbriefte Recht mit Erfolg geltend machen will, mufs in der Lage sein, das Papier vorzuzeigen. Die Erfüllung des im Papier beurkundeten Versprechens kann er nur gegen Rückgabe des Papiers verlangen; die Leistungspflicht des Ausstellers ist durch die Gegenleistung der Aushändigung der Urkunde bedingt; das Wertpapier ist „Einlösungspapier“ [55]. Bei Teilerfüllung tritt an Stelle der Rückgabe der Urkunde ihre Vorlegung behufs Teilentkräftung durch einen auf das Papier gesetzten Vermerk. Vielfach wird dem Papier eine Klausel eingefügt, die es ausdrücklich als Einlösungspapier kennzeichnet („gegen diesen Schein“, „für diesen Wechsel“ usw.). Bei jedem vollkommenen Wertpapier aber versteht sich diese Klausel von selbst. Somit ist Eigentum ohne Besitz hier Recht ohne Ausübungsmöglichkeit; der Eigentümer, der sein Wertpapier weggegeben hat oder dem es abhanden gekommen ist, kann das ihm zustehende Recht aus dem Papier so wenig ausüben, wie er im gleichen Falle seine stofflich wertvolle Sache gebrauchen oder verbrauchen kann [56].

Der Besitz des Papiers verschafft ferner eine Legitimation

---

dagegen fordert auch zur Übereignung die Übergabe (§ 105). — Der translativen Funktion entbehren natürlich auch Wertpapiere über Rechte, die überhaupt nicht übertragen werden können, wie dies bei Aktien durch Satzung und bei Forderungspapieren durch Vertrag (B.G.B. § 399) bestimmt sein kann.

[55] Vgl. Brunner S. 155 u. 159; Carlin S. 28; Lehmann, Theorie S. 28 ff.; Jacobi S. 121 ff.; unrichtig Unger S. 127. Diese Bedingtheit der Leistungspflicht ist wesensverschieden von dem Anspruch des Schuldners auf Rückgabe der Beweisurkunde (Seuff. XLVI Nr. 13); die Vorschrift des B.G.B. § 371, nach der sich der Schuldner, wenn der Gläubiger behauptet, zur Rückgabe aufserstande zu sein, mit dem öffentlich beglaubigten Anerkenntnis des Erlöschens der Schuld begnügen mufs, ist hier unanwendbar. Verfehlt ist jedoch die Konstruktion der Einlösung als eines Kaufes des Wertpapiers bei Affolter, Z. f. H.R. XXXVII 470 u. XXXIX 414 ff.

[56] Im Falle des Abhandenkommens wird ihm jedoch, soweit Kraftloserklärung zulässig ist, durch Schaffung eines künstlichen Ersatzmittels und bei manchen Wertpapieren auch auf andere Weise (vgl. B.G.B. § 804 u. dazu unten § 112 X 1 a. E.) geholfen. Davon unten S. 120—121.

Digitized by Google

zur Ausübung des verbrieften Rechts[57]. Bald legitimiert er ohne weiteren Nachweis, mag nun der Aussteller überhaupt nicht berechtigt oder nur nicht verpflichtet sein, nach dem Recht des Besitzers zu forschen[58]. Bald legitimiert er nur in Verbindung mit einem auf das Recht aus dem Papier gerichteten Nachweis, der aber zum Teil wieder durch Vermutungen und insbesondere durch eine formelle Legitimationskraft gewisser auf dem Papier befindlicher Vermerke (z. B. der Indossamente) erleichtert ist[59]. Somit ermöglicht der Besitz des Wertpapiers auch dem Nichteigentümer die Rechtsausübung. Der Besitzer kann zur Ausübung des Rechts für sich (z. B. kraft Pfandrechts) oder für den Eigentümer (z. B. kraft Vollmacht) befugt sein. Die Ausübung des fremden Rechts kann aber auch unbefugter Weise erfolgen. Es liegt im Wesen des Wertpapiers, daſs unter Umständen ein Besitzer, der das Recht aus dem Papier nicht ausüben darf, es doch wirksam ausüben kann. Gerade wie der unredliche Besitzer einer stofflich wertvollen Sache zu ihrem Gebrauch und Verbrauch nicht das Recht und doch die Macht hat[60].

Manche Wertpapiere spielen bei der Ausübung des Rechts aus dem Papier keine entscheidende Rolle und erscheinen daher als unvollkommene Wertpapiere. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Legitimation zur Ausübung des verbrieften Rechts an die Eintragung in ein besonderes Buch geknüpft ist. Hier behält der Papierbesitz freilich seine Bedeutung für die Buchlegitimation und somit mittelbar auch für die Rechtsausübung. Allein die Rechtsausübung selbst wird durch den Papierbesitz weder ermöglicht noch bedingt, da für sie die Legitimation durch das Buch erforderlich und ausreichend ist[61].

---

[57] Goldschmidt, Z. f. H.R. XXVIII 64 ff., Syst. S. 151 ff.; Gierke a. a. O. S. 260 ff.; Carlin S. 25 ff.; Lehmann, Theorie S. 28 ff.; Landsberg a. a. O. S. 59 ff.; Jacobi S. 92 ff.

[58] Ersteres ist bei Inhaberpapieren, letzteres bei bloſsen Legitimationspapieren der Fall. Die Scheidung der Legitimation vom Recht reicht auch bei Inhaberpapieren aus und braucht nicht mit Brunner S. 162 ff. und 211 ff. hier durch die Unterscheidung materieller und formeller Gläubigerschaft ersetzt zu werden.

[59] Allgemein begründet der Besitz des Papiers eine Vermutung für erfolgte gehörige Begebung.

[60] Doch gibt es auch hiergegen Schutzmittel (gerichtliche Zahlungssperre usw.).

[61] Unvollkommene Wertpapiere dieser Art sind die Interimsscheine und Namenaktien vermöge der Legitimationskraft des Aktienbuchs (H.G.B. § 223

Digitized by Google

VIII. Beendigung. Je vollständiger der Gedanke des Wertpapiers durchgeführt ist, desto inniger sind auch bei der Beendigung die Schicksale der körperlichen und der unkörperlichen Sache verflochten. Doch wird gerade in diesem Punkte die Strenge des Prinzips vielfach durch billige Rechtssätze gemildert, die das selbständige Wesen des beurkundeten Rechts wieder zur Geltung bringen.

Mit der Zerstörung des Wertpapiers geht an sich auch das in ihm verkörperte Recht unter[62]. Dies gilt sowohl, wenn das Papier körperlich vernichtet ist, als auch, wenn es zwar körperlich noch besteht, aber seine Entwertung bekundet. Allein zunächst ist natürlich bei unvollkommenen Wertpapieren der Bestand des verbrieften Rechts von dem Bestande der Urkunde insoweit unabhängig, als das Recht aufserhalb des Papiers besteht[63]. Sodann aber gewährt die Rechtsordnung nicht nur bei manchen unvollkommenen, sondern auch bei den meisten vollkommenen Wertpapieren eine künstliche Hülfe gegen den Rechtsverlust durch ungewollten Papierverlust. Denn in erheblichem Umfange ermöglicht sie die gerichtliche Kraftloserklärung (Amortisation) abhanden gekommener oder vernichteter Wertpapiere nach erfolglosem öffentlichen Aufgebot[64]. Durch die gerichtliche Kraftloserklärung wird die Ver-

Abs. 3), die Reichsbankanteilscheine vermöge der Legitimationskraft des Stammbuchs (Reichsbankstat. § 4 u. 6), die Kuxscheine vermöge der Legitimationskraft des Gewerkenbuchs; vgl. Jacobi S. 81 ff. Ähnliches kommt bei Staatsschuldscheinen auf Namen infolge der Einrichtung eines Staatsschuldbuchs vor. — Eine andere hierher gehörige Erscheinung ist die Ausgabe besonderer Eintritts- und Stimmkarten als Legitimationsmittel für die Ausübung der Rechte aus Aktien in der Generalversammlung.

[62] Blofse Beschädigung des Papiers ist so lange, als sein wesentlicher Inhalt und seine Unterscheidungsmerkmale noch sicher erkennbar bleiben, dem Rechte unschädlich. Zum Teil kann aber der Berechtigte vom Aussteller den Umtausch gegen eine Ersatzurkunde verlangen; B.G.B. § 798, H.G.B. § 229.

[63] So wird durch die Vernichtung einer Stammaktie, eines Reichsbankanteilsscheins oder eines Kuxscheins zwar die Rechtsübertragung (oder doch die vollwirksame Rechtsübertragung), nicht aber die Rechtsausübung gehindert. Das Mitgliedschaftsrecht besteht also fort und ist nur bis zur Schaffung eines Ersatzes für die Urkunde in seiner Verwertbarkeit geschwächt.

[64] Schumm, Die Amortisation verlorener oder sonst abhanden gekommener Schuldurkunden, Heidelberg 1830; Wolff, Z. f. H.R. VII 1 ff.; Kuntze, Inhaberp. S. 712 ff.; Stobbe III 138, 212 ff. (b. Lehmann S. 160 ff., 493 ff.); Brunner a. a. O. S. 184 ff., 221 ff.; Jacobi S. 114 ff.; Pappenheim, Krit. V.Schr. XLIV 352 ff. Vgl. B.G.B. § 799, 808, 1162; H.G.B. § 365, 228; W.O.

Digitized by Google

bindung zwischen der Urkunde und dem beurkundeten Recht gelöst und so gleichzeitig das Papier, falls es noch besteht, als Wertpapier zerstört und das Recht aus dem Papier erhalten oder wiederhergestellt. Auch wird, insoweit ein Bedürfnis dazu vorliegt, das entkörperte Recht in einem Ersatzpapier von neuem verkörpert. Bei manchen Wertpapieren ist die Erhaltung des verbrieften Rechts trotz Unterganges der Urkunde auch auf anderem Wege möglich[65].

Mit der Beendigung des beurkundeten Rechts wird auch das Wertpapier als solches zerstört. Das in einem Wertpapier verkörperte Recht erlischt an sich aus jedem für Rechte seiner Art anerkannten Beendigungsgrunde. Ist es erloschen, so ist das Papier entwertet. Allein damit diese Wirkung endgültig eintrete, mufs das Papier der Regel nach seine Entwertung selbst bekunden. Bei manchen Beendigungsgründen trägt das Papier seine Entwertung ohne weiteres zur Schau. Dies ist namentlich der Fall, wenn das Recht aus dem Papier ganz oder teilweise durch Zeitablauf entkräftet und damit das Papier ganz oder teilweise entwertet („praejudiziert") ist. Im übrigen ist ein Entkräftungsvermerk (Löschungs-, Kassationsvermerk) auf dem Papier selbst erforderlich[66]. Sonst besteht in dem äufserlich unveränderten Papier die sachliche Unterlage des beurkundeten Rechts fort. Mithin kann, sobald wiederum die subjektiven Voraussetzungen gegeben sind, das erloschene Recht von neuem in Kraft treten. Es hat dann inzwischen nur geruht[67]. Ausnahmsweise büfsen Wertpapiere ihre Kraft durch eine aus ihnen nicht ersichtliche Kraftloserklärung ein. So im Falle der gerichtlichen Kraftloserklärung. So aber auch in Fällen, in denen durch Rechtssatz oder Vertrag der Aussteller ermächtigt ist, das von ihm zur Geltendmachung aufgerufene Wertpapier, wenn es in bestimmter Frist nicht vorgelegt wird, für kraftlos zu erklären. Hierher gehört namentlich die gesetzliche oder statu-

---

Art. 73; Preufs. Bergges. § 103; über das Verfahren (oben Bd. I 333) jetzt C.Pr.O. § 946 ff., 1003 ff.

[65] Vgl. unten § 110 VIII u. § 112 X 1.

[66] Gleich steht die Durchstreichung. Dagegen genügt ein blofser Quittungsvermerk an sich noch nicht; R.Ger. IX Nr. 11.

[67] Diese Fähigkeit der Wiederbelebung büfst das Wertpapier auch dann nicht ein, wenn es in die Hand des Ausstellers zurückgelangt ist, braucht daher von diesem nicht zum zweiten Male emittiert zu werden, um in fremder Hand die alte Wirksamkeit zu entfalten. Vgl. Jhering, Jahrb. f. D. X 454 ff.; Stobbe III 210 (bei Lehmann S. 491); Goldschmidt, Syst. S. 154; R.Ger. XVIII Nr. 2.

Digitized by Google

tarische Befugnis der Aktiengesellschaften, Interimsscheine oder Aktienurkunden für kraftlos zu erklären, wenn das beurkundete Anteilsrecht verwirkt ist oder die zur Einziehung ausgeloste Aktie nicht vorgelegt wird oder die Einreichung der behufs Herabsetzung des Grundkapitals zum Umtausch oder zur Abstempelung gehörig eingeforderten Aktien unterbleibt[68].

§ 109. Arten der Wertpapiere.

I. Die wichtigste Einteilung der Wertpapiere ist die in Rektapapiere, Orderpapiere und Inhaberpapiere. Sie beruht auf der verschiedenen Art, in der das Papier den Berechtigten bestimmt. Rekta- und Orderpapiere sind Namenpapiere; sie nennen den ursprünglichen Berechtigten. Die Rektapapiere lauten nur auf die genannte Person, die Orderpapiere zugleich auf jede andere Person, die von ihr Order haben werde. Inhaberpapiere sind Papiere, die keinen Berechtigten nennen. Diese äufsere Verschiedenheit bedingt tiefgreifende innere Unterschiede. Denn sie bedeutet einen ungleichen Grad der Ablösung des Rechtes von der Persönlichkeit und somit eine Stufenleiter in der Durchführung des Wertpapiergedankens. Darum ist von jeder dieser drei Gattungen von Wertpapieren gesondert zu handeln. Mit der Einteilung in Rekta-, Order- und Inhaberpapiere kreuzen sich aber andere Einteilungen, die vorweg zu besprechen sind.

II. Schon behandelt ist der Unterschied der vollkommenen und unvollkommenen Wertpapiere. Die unvollkommenen Wertpapiere haben entweder für die Entstehung oder für die Übertragung oder für die Ausübung des beurkundeten Rechts nicht die Bedeutung von Wertpapieren.

III. Nach dem Gegenstande des verkörperten Rechts sind personenrechtliche, sachenrechtliche und obligationenrechtliche Wertpapiere zu unterscheiden.

Personenrechtliche Wertpapiere sind die Aktien nebst den Interimsscheinen, die Reichsbankanteilscheine und die Kuxscheine[1]. Denn sie verbriefen die Mitgliedschaft in einer Körper-

---

[68] H.G.B. § 219, 227, 290; R.Ger. XXXVI Nr. 35 S. 139.

[1] Über die Wertpapiereigenschaft der Aktien vgl. R.Ger. XXII Nr. 23 S. 129 ff., XXXI Nr. 3 S. 22 ff., XXXV Nr. 38 S. 159 ff., Seuff. L Nr. 255; über die der Interimsscheine R.Ger. V Nr. 53, XXXI Nr. 5 S. 28 ff., XXXVI Nr. 9; dazu Jacobi S. 341 ff., Gierke, Encykl. I 946 ff., 949 ff. Über die Wertpapiereigenschaft der Reichsbankanteilscheine Jacobi S. 361 ff. Über die der Kuxscheine R.Ger. XLVII Nr. 24, LIV Nr. 92.

Digitized by Google

schaft oder die Beteiligung an einer körperschaftsähnlichen Anstalt[2].

Die sachenrechtlichen Wertpapiere haben entweder liegenschaftsrechtlichen oder fahrnisrechtlichen Inhalt. Liegenschaftsrechtliche Wertpapiere begegnen früh als Träger von Reallastberechtigungen (Renten-, Gült-, Ewiggeldbriefe) und heute als Träger von Grundpfandrechten (Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe). Fahrnisrechtliche Wertpapiere sind das Konnossement, der Ladeschein und der Lagerschein, die als Warenpapiere (Traditions-, Dispositionspapiere) neben der Forderung aus einem Fracht- oder Verwahrungsvertrage zugleich die sachenrechtliche Herrschaft an den zum Transport oder zur Verwahrung übernommenen Waren verkörpern[3].

Obligationenrechtliche Wertpapiere können Forderungen von sehr verschiedenartigem Inhalt verbriefen; neben den „Geldpapieren", die wiederum bald auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme lauten (z. B. Wechsel, Anleihepapiere, Sparkassenbücher, Zinsscheine), bald eine dem Eintritt oder dem Betrage nach ungewisse Zahlung in Aussicht stellen (z. B. Versicherungspolicen, Lotterielose, Gewinnanteilscheine), finden sich unter den Wertpapieren Forderungspapiere auf Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen (z. B. so gefafste Verpflichtungsscheine oder Anweisungen, Erneuerungsscheine), auf Herausgabe bestimmter Sachen (z. B. Warenpapiere, Lose beim Ausspielunternehmen) und auf Dienstleistungen (z. B. Fahrkarten, Theaterbilletts). Manche Forderungspapiere werden in Gestalt von Anweisungen ausgegeben; sie verkörpern zunächst eine Ermächtigung zum Empfange der Leistung[4] und zum Teil auch ein Versprechen des Ausstellers, dafs der Angewiesene leisten werde[5]; sie sind aber befähigt, auch

[2] Nach dem neuen H.G.B. ist auch die Kommanditaktie, die bisher nur als Trägerin der Teilhaberschaft an einer personenrechtlichen Gemeinschaft aufgefafst werden durfte (oben Bd. I 671 Anm. 38), echtes Mitgliedschaftspapier; Gierke, Encykl. I 961. Der Reichsbankanteilschein dagegen verkörpert die Beteiligung an einer Anstalt; oben Bd. I 641.

[3] Goldschmidt, H.R. I § 69; Endemann, H.R. § 78, Handb. II 35 ff.; Brunner a. a. O. S. 150 ff.; Jacobi S. 271 ff.; Gierke, Encykl. I 977; H.G.B. § 647, 450, 424.

[4] B.G.B. § 783. Die Ermächtigung des Angewiesenen zur Bewirkung der Leistung an den Anweisungsempfänger ist im Papier nicht verkörpert und kann daher selbständig widerrufen werden; B.G.B. § 790. Damit wird aber die Ermächtigung des Anweisungsempfängers nicht hinfällig; Seuff. XLV Nr. 244.

[5] Ein solches Versprechen der Leistung eines Dritten ist in der Ausstellung eines gezogenen Wechsels rechtsnotwendig enthalten; R.O.H.G. I 97 ff., XXI 274, R.Ger. XVIII Nr. 19, XXXVII Nr. 37, Grünhut, W.R.

Digitized by Google

ein Leistungsversprechen des Angewiesenen durch papiergemäfse Annahmeerklärung (Akzept) zu verkörpern[6].

Da ein Wertpapier zugleich personen- oder sachenrechtlichen und obligationenrechtlichen Inhalt haben kann, gibt es Wertpapiere gemischter Art[7].

IV. In einzelnen Beziehungen ist eine Unterscheidung der Wertpapiere nach der Person des Ausstellers erheblich. Insbesondere werden unter den auf Grund einer öffentlichen Anleihe ausgegebenen Forderungspapieren Saatsschuldscheine (Reichs- und Staatsschuldscheine), Schuldverschreibungen von Gemeinden und anderen öffentlichen Verbandspersonen, Schuldverschreibungen von Aktiengesellschaften (Prioritätsobligationen) und anderen privaten Verbandspersonen und Schuldverschreibungen von Einzelpersonen unterschieden[8].

V. Je nach dem Grade der Formalisierung des beurkundeten Rechts durch die Schrift zerfallen die Wertpapiere in materiellrechtliche und skripturrechtliche (schriftrechtliche) Papiere[9].

I 474 ff. Andere Anweisungspapiere enthalten es an sich nicht; Seuff. XXVII Nr. 135, XLVII Nr. 215 (auch nicht Schecks). Sie können es aber aufnehmen.

[6] B.G.B. § 784; altes H.G.B. Art. 300. Das Akzeptversprechen wird nach den allgemeinen Grundsätzen des Wertpapierrechts erst durch die Zurückgabe der akzeptierten Urkunde abgegeben. Für den gezogenen Wechsel aber gilt nach dem viel umstrittenen Art. 21 Abs. 4 der W.O. die Besonderheit, dafs schon die Niederschrift des Akzepts unwiderruflich bindet; Grawein, Die Perfektion des Akzepts, Graz 1876, Gareis, Z. f. H.R. XXIV 309 ff., Goldschmidt, ebenda XXVIII 84 ff., Grünhut, W.R. II 36 ff., Jacobi S. 191 ff.; R.Ger. IX Nr. 9 u. b. Seuff. XLVI Nr. 280. Nach B.G.B. § 784 Abs. 2 erfolgt die Annahme durch schriftlichen Vermerk auf der Anweisung, wird aber, wenn die Aushändigung an den Anweisungsempfänger noch nicht erfolgt war, diesem gegenüber erst mit der Aushändigung wirksam.

[7] So z. B. Mitgliedschaftspapiere mit papiergemäfs zugesicherten Gewinnanteilsforderungen, Hypothekenbriefe (im Gegensatz zu Grundschuldbriefen) und Warenpapiere. Unrichtig behauptet Lehmann, Theorie S. 39 ff., alle Wertpapiere seien Forderungspapiere.

[8] Vgl. v. Gönner, Von Staatschulden, den Tilgungsanstalten und dem Handel mit Staatspapieren, München 1820; Bender, Der Verkehr mit Staatspapieren, Göttingen 1830; Thöl, Der Verkehr mit Staatspapieren, Göttingen 1835, H.R. § 211; Brunner a. a. O. S. 152 ff.

[9] Brunner a. a. O. S. 168 ff. (der aber den nicht ganz zutreffenden Namen „Wertpapiere des öffentlichen Glaubens" gebraucht); Goldschmidt, Z. f. H.R. XXVII 71 ff., Syst. S. 145 ff.; Gierke a. a. O. S. 264; Jacobi S. 166 ff.; Pappenheim, Krit. V.Schr. XLIV 337 ff. (er spricht von „schriftmäfsigen Wertpapieren"). — Der Gegensatz deckt sich nicht mit dem der unvollkommenen und vollkommenen Wertpapiere; auch vollkommene Wertpapiere (z. B. Rektaanweisungen und Rekta-

Digitized by Google

Bei den ersteren bleiben die das verkörperte Recht betreffenden Verhältnisse und Vorgänge auch dann, wenn sie aus dem Papier nicht ersichtlich sind, für Jedermann erheblich. Dagegen bieten die skripturrechtlichen Wertpapiere das verbriefte Recht so, wie es geschrieben steht, dem Verkehre dar. Die Kraft des schriftmäfsigen Anscheines kann ungleich bemessen sein[10]. Soweit sie aber reicht, kann Jedermann sich darauf verlassen, dafs das Recht so und nur so besteht, wie der Wortlaut des Papiers aussagt[11]. Demgemäfs erwirbt, wer das Papier im redlichen Verkehr erwirbt, mit dem Recht am Papier zugleich das dem Wortlaut entsprechende Recht aus dem Papier. Er erwirbt es auch dann, wenn es für den Vorbesitzer niemals entstanden oder wieder erloschen war, und er erwirbt es frei von allen nicht aus dem Papier ersichtlichen Mängeln, die ihm beim Vorbesitzer anhafteten. Jede gegen einen Vormann erwachsene Einrede, die dem Rechtsverhältnisse widerstreitet, das er im Vertrauen auf den Wortlaut des Papiers als vorhanden annehmen durfte, schlägt er mit der Berufung auf diesen Wortlaut zurück. So vermag hier, wer durch die Skriptur zur Übertragung eines skripturgemäfsen Rechtes legitimiert ist, auch ein Recht zu übertragen, das ihm selbst nicht zusteht. Den Stoff hierzu schöpft er aus der Rechtssphäre des Ausstellers, der mit dem Papier die Macht zu einer derartigen Verfügung über seine Rechtssphäre in

---

schuldscheine mit der Einlösungsklausel) können jedes skripturrechtlichen Charakters entbehren. Notwendig skripturrechtlich sind aber alle Inhaberpapiere und alle vollkommenen Orderpapiere. Zu den skripturrechtlichen Wertpapieren gehören nicht nur reine Forderungspapiere (Skipturobligationen), sondern auch Mitgliedschaftspapiere (Inhaberaktien), liegenschaftsrechtliche Papiere (preufsische Grundschuldbriefe und alle auf den Inhaber lautenden Pfand-, Grundschuld- und Rentenbriefe) und Warenpapiere.

[10] Am höchsten gesteigert ist sie beim Wechsel. Beim Konossement des Seerechts geht sie weiter als beim Ladeschein des Binnenschiffahrtsrechts (H.G.B. § 652—658 vgl. mit B.Sch.G. § 73—76). Beim Bodmereibrief ist sie dadurch abgeschwächt, dafs sie sich nicht auf den Bestand und den Umfang der Befugnis des Schiffers zur Eingehung der Bodmerei erstreckt (H.G.B. § 686 Abs. 3). Bei der Seeversicherungspolice wird sie durch die Abhängigkeit des Forderungsrechts von einer Fülle materieller Voraussetzungen eingeschränkt; Jacobi S. 219, 315 ff.

[11] Der Wortlaut kann aber auf andere Schriftstücke verweisen (z. B. bei einem Anleihepapier auf ein Gesetz oder auf allgemeine Bedingungen, bei einer Aktie auf das Statut, bei einem Ladeschein oder Konnossement nach H.G.B. § 446 u. 651 auf den Frachtbrief oder die Chartepartie, bei einer Versicherungspolice auf die Reglements der Gesellschaft) und hierdurch den Inhalt dem Papier einverleiben. Nur bei den streng formalen Papieren, wie beim Wechsel, ist dies ausgeschlossen.

Digitized by Google

fremde Hand gelegt hat[12]. Darum aber reicht die formalrechtliche Wirkung des geschriebenen Wortes nicht weiter, als sich die vom Aussteller in wirksamer Weise dem Papier einverleibte und dem Verkehr anvertraute Willensgebundenheit erstreckt[13]. Sie versagt gegen den, der das verbriefte Versprechen gar nicht abgegeben hat oder nicht abgeben konnte[14]. Sie kommt dem nicht zu Gute, der in das Recht aus dem Papier auf einem anderen Wege als dem sukzediert, den das Papier für den Eintritt Dritter in eine unmittelbar gegen den Aussteller wirksame Berechtigung vorzeichnet[15]. Und sie ist insoweit ausgeschlossen, als der Erwerber

---

[12] Der Rechtserwerb bleibt also Rechtsnachfolge; er wird durch das formale Recht des papiergemäfs legitimierten Vorgängers vermittelt und wirkt nur kraft der vom Aussteller im Papier selbst zugunsten Dritter abgegebenen Verpflichtungserklärung unmittelbar gegen den Aussteller; dieser hat nicht eine unübersehbare Fülle möglicher Rechte, sondern ein einziges Recht geschaffen, das aber vielleicht erst in dritter Hand entsteht oder vollwirksam wird oder nach zeitweiligem Ruhen wiederum erwacht. Vgl. oben Bd. I 279 Anm. 2; Brunner a. a. O. S. 170; Gierke a. a. O. S. 259 ff.; dazu Renaud, W.R. § 50; auch Kuntze b. Endemann IV, 2 S. 83 ff. (der früher, Inhaberp. S. 295 ff., W.R. S. 312 ff., eine Novation annahm, während Unger, Inhaberp. S. 112 ff., eine Delegation an die Stelle setzte); Crome, B.R. II § 311 Anm. 16; Jacobi S. 224 ff.; R.Ger. XLVII Nr. 16. — Dagegen nehmen Viele eine sukzessive Originalbildung des Rechts bei jedem Erwerber an; Goldschmidt, Z. f. H.R. XXVIII 64, 110 ff., XL 267, Syst. S. 152 ff.; Stobbe III 204; Carlin a. a O. S. 36 ff.; Lehmann, Theorie S. 52; Randa, Eigent. § 12 Anm. 6; Grünhut, Zeitschr. S. 295 ff., W.R. I 285 ff.; Gareis, H.R. S. 672 ff.; Cosack b. Gerber S. 409 ff., B.R. § 257 I 2; Pappenheim, Z. f. H.R. XXXIII 448 ff., Krit. V.Schr. XLIV 341 ff.; Hellwig, Wesen der Rechtskraft § 44 Anm. 7; Enneccerus, B.R. I § 340 III.

[13] Soweit nach positiver Vorschrift der Aussteller auch aus dem von ihm nicht begebenen Wertpapiere haftet, wird ihm gegenüber auch die ihm entrissene Verfügungsmacht des Papierbesitzers wirksam, so dafs sie zur Überleitung des vom Aussteller im Papier verkörperten Rechtes ausreicht.

[14] Der Aussteller behält also auch gegen den gutgläubigen Erwerber den Einwand, dafs er das Papier nicht oder nicht in der vorliegenden Gestalt oder nicht gültig ausgestellt oder dafs er es nicht begeben habe; R.Ger. VIII Nr. 9, Seuff. XXXVI Nr. 72, XLIII Nr. 213, XLVI Nr. 45, XLIX Nr. 185 u. 186. Dagegen kann er sich auf eine Nichtübereinstimmung seines wahren Willens mit der aus dem Papier ersichtlichen Willenserklärung nicht berufen; R.Ger. XIV Nr. 7, Seuff. XL Nr. 229, L Nr. 268. Ebensowenig auf vertragswidrige Ausfüllung eines unfertig begebenen Papiers; oben § 108 Anm. 38. Bei Inhaberschuldverschreibungen fällt natürlich nach B.G.B. § 794 der Einwand der Nichtbegebung weg.

[15] Brunner a. a. O. S. 171. Darum mufs nicht nur der erste Nehmer, sondern auch dessen Erbe oder sonstiger Gesamtnachfolger sich jeden Einwand aus dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis (z. B. auch des Irrtums,

Digitized by Google

auf Grund seiner Kenntnis von den aus dem Papier nicht ersichtlichen Verhältnissen nach den Regeln des redlichen Verkehrs das dem Wortlaut des Papiers entsprechende Recht nicht erwerben durfte oder nicht geltend machen darf[16].

VI. Gewisse Wertpapiere kennzeichnen sich dadurch, dafs sie eine vom materiellen Verpflichtungsgrunde unabhängige persönliche oder dingliche Schuld aus nacktem Versprechen begründen, als abstrakte Wertpapiere[17]. Dieser Begriff deckt sich keineswegs mit dem der skripturrechtlichen Wertpapiere. Vielmehr gehören zahlreiche skripturrechtliche Wertpapiere, da sie ein individualisiertes Rechtsverhältnis als Verpflichtungsgrund angeben, zu den kausalen Wertpapieren[18]. Andererseits kann ein abstraktes Wertpapier, indem es dritten Erwerbern eine Gewähr für den schrift-

---

des Betruges, des Wuchers, der nicht empfangenen Valuta, der vertragswidrigen Ausfüllung) entgegensetzen lassen. Ebenso aber stehen, wenn ein Orderpapier nicht durch Indossament, sondern durch Zession übertragen wird, auch dem gutgläubigen Zessionar Einreden aus der Person des Vormanns entgegen; R.Ger. XXXIII Nr. 31.

[16] Die Tragweite dieses Prinzips ist vielfach bestritten und auch gesetzlich ungleich bemessen. Bei Wechseln (W.O. Art. 82) und anderen vollkommenen Orderpapieren (H.G.B. § 364), sowie bei Schuldverschreibungen auf Inhaber (B.G.B. § 796) sind nur Einwendungen zulässig, die sich unmittelbar gegen den Erwerber richten; hier genügt daher der Nachweis, dafs der papiergemäfs Berechtigte beim Erwerbe die einwandbegründenden Tatsachen gekannt hat, nur dann, wenn infolge dieser Kenntnis der Erwerb oder die Geltendmachung des Rechts aus dem Papiere sich als Arglist darstellt; R.Ger. XXIII Nr. 22, XXVI Nr. 20, Seuff. XLII Nr. 72. Dagegen genügte bei preufsischen Grundschuldbriefen jede Kenntnis einer einwandbegründenden Tatsache beim Erwerbe; Preufs. G. v. 5. Mai 1872 § 38, R.Ger. XVI Nr. 58, XXX Nr. 80. — Ist ein Rechtsmangel einmal durch gutgläubigen Papiererwerb abgestreift, so lebt er bei einem Rechtsnachfolger trotz Kenntnis nicht wieder auf; R.Ger. b. Seuff. XLVIII Nr. 146, Brunner S. 170 Anm. 6.

[17] So notwendig der Wechsel und der Grundschuldbrief; möglicherweise der kaufmännische Verpflichtungsschein, da er ein reines Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis (B.G.B. § 780—781) enthalten kann, und jede auf Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen lautende Anweisung (B.G.B. § 783 ff.). — Unrichtig hält Lehmann, Theorie S. 41 ff., alle vollkommenen Wertpapiere für abstrakt; ähnlich R.O.H.G. XVII 155. Nicht minder unrichtig aber ist es, wenn Wttewaall a. a. O. S. 83 den Begriff des abstrakten Wertpapiers ganz streichen will.

[18] So die Konnossemente, Ladescheine, Lagerscheine, Bodmereibriefe und Transportversicherungspolicen, auch wenn sie nach H.G.B. § 363 an Order gestellt sind, möglicherweise aber auch an Order lautende kaufmännische Verpflichtungsscheine und Anweisungen; so viele auf den Inhaber lautende Schuldverschreibungen, wie Anleihepapiere, Lose, Zins-, Renten- und Gewinn-

Digitized by Google

gemäfsen Bestand des verbrieften Rechtes nicht bietet, der skripturrechtlichen Kraft entbehren[19].

VII. Sehr viele Wertpapiere sind Präsentationspapiere[20]. Da alle vollkommenen Wertpapiere Einlösungspapiere sind, kann der Berechtigte die Ausübung des Rechts aus einem vollkommenen Wertpapier stets nur durchsetzen, wenn er die Urkunde vorzuzeigen vermag. Vielfach aber hat die Vorlegung des Papiers für die Ausübung des Rechts eine selbständige Bedeutung, indem es einer gehörigen Präsentation der Urkunde bedarf, damit überhaupt das Rechtsverhältnis in Aktivität trete und aus ihm ein Anspruch auf Leistung entspringe. Ein in diesem Sinne vorlegungsbedürftiges Einlösungspapier ist ein Präsentationspapier[21]. Die Verpflichtung aus dem Präsentationspapier besteht nicht nur vor der Präsentation, sondern wird auch unabhängig von der Präsentation fällig[22]. Allein erst die Präsentation löst den Anspruch auf Leistung aus. Sie ist daher erforderlich, um die Verzugsfolgen hervorzurufen[23], und mangels anderer Abrede zugleich ausreichend, um diese Wirkung

---

anteilscheine, und die Inhaberaktien. Nur reicht bei dem skripturrechtlichen Wertpapier die Abhängigkeit des verbrieften Rechts vom Verpflichtungsgrund dem redlichen papiergemäfsen Erwerber gegenüber niemals weiter, als das Papier sie ersichtlich macht; ihm gegenüber mufs daher z. B. der Aussteller das in einer Darlehnsverschreibung oder einem Konnossement abgegebene Empfangsbekenntnis als wahr gelten lassen; Brunner S. 168 ff., Jacobi S. 5.

[19] So ist z. B. die akzeptierte Anweisung des bürgerlichen Rechts ein abstraktes, aber kein skripturrechtliches Wertpapier (B.G.B. § 784, 792). Der gewöhnliche abstrakte Schuldschein (B.G.B. § 780) ist überhaupt kein Wertpapier, kann aber durch die Einlösungsklausel zu einem solchen gemacht werden, ohne gleichzeitig skripturrechtliche Kraft zu erlangen.

[20] Brunner a. a. O. S. 155 ff. Dazu jedoch Goldschmidt, Z. f. H.R. XXVIII 69 ff.; Gierke a. a. O. S. 263 ff.; Kuntze b. Endemann IV, 2 S. 69; Carlin a. a. O. S. 28 ff.; Cosack b. Gerber S. 400.

[21] Es gibt daher Einlösungspapiere, die keine Präsentationspapiere sind. So die Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe nach B.G.B. § 1160. Ebenso entzieht die negative Präsentationsklausel einem Wechsel mit der Eigenschaft des Präsentationspapiers nicht zugleich die eines Einlösungspapiers; Brunner S. 159, Carlin S. 28. — Denkbar ist auch ein Präsentationspapier, das kein Einlösungspapier wäre; Goldschmidt a. a. O. S. 77. Doch wäre eine solche Urkunde kein oder doch kein vollkommenes Wertpapier.

[22] Brunner S. 158; Seuff. LI Nr. 46 u. 128.

[23] Und zwar sowohl, um die Verzugsansprüche gegen den, der leisten soll, als auch, um die Regrefsansprüche gegen den, der aus dessen Nichtleistung haftbar wird, zu begründen; Brunner S. 155 ff., 158; Goldschmidt S. 78. Klagezustellung ersetzt die Präsentation nicht; Seuff. L Nr. 198; abweichend ib. LII Nr. 39, LIII Nr. 110.

Digitized by Google

hervorzurufen[24]. Andererseits gerät der Berechtigte durch Unterlassung der rechtzeitigen Präsentation in Annahmeverzug[25]. Regelmäfsig folgt aus der Präsentationsbedürftigkeit des Papiers zugleich die Ausprägung der verbrieften Schuld zur Holschuld, da das Präsentationspapier den Verpflichteten suchen mufs[26]. Die Eigenschaft als Präsentationspapier wird einer Urkunde durch die Präsentationsklausel verliehen, die nach altem Gewohnheitsrecht in der ausdrücklichen Einlösungsklausel mit enthalten ist, jedoch auch selbständig vorkommen kann. Jedem Inhaberpapier wohnt sie notwendig inne. Aber auch bei allen Orderpapieren und manchen Rektapapieren versteht sie sich von selbst, kann jedoch hier durch einen gegenteiligen Vermerk („ohne vorherige Präsentation") ausgeschlossen werden[27].

Gesteigerte Präsentationspapiere sind die Sicht- und Nachsichtpapiere, bei denen durch die gehörige Präsentation zugleich die Fälligkeit der verbrieften Forderung bewirkt wird[28].

Die Präsentationspapiere sind Protestpapiere, wenn der Berechtigte im Falle vergeblicher Präsentation für den rechtsförmlichen Beweis seiner Handlung durch eine gleichzeitig aufgenommene öffentliche Urkunde sorgen mufs, um gewisse Rechte aus dem Papier zu wahren[29].

VIII. Wertpapiere, deren Besitz für sich allein zur Ausübung des beurkundeten Rechts legitimiert, lassen sich als Legitimationspapiere bezeichnen. Dahin gehören aufser den Inhaberpapieren, bei denen ein weiterer Ausweis nicht verlangt werden

---

[24] Die Vorzeigung gilt als Mahnung; Brunner S. 165.

[25] Goldschmidt S. 78 ff., Carlin S. 30. Abweichend Brunner S. 155.

[26] Brunner S. 156 ff. Begriffsnotwendig ist dies nicht. Ein Präsentationspapier kann den Schuldner verpflichten, sich beim Gläubiger einzufinden, um sich das Papier präsentieren zu lassen; dann bringt ihn die Vereitelung der Präsentation durch sein Nichterscheinen genau so in Verzug, wie er beim regelmäfsigen Präsentationspapier in Verzug kommt, wenn die gehörig versuchte Präsentation daran scheitert, dafs er sich nicht finden läfst (W.O. Art. 91); vgl. Goldschmidt S. 76 ff., Carlin S. 29 ff.

[27] Brunner S. 159 ff. Die negative Präsentationsklausel ist auch beim Wechsel zulässig; R.O.H.G. V 103, XIV 416, R.Ger. b. Seuff. LII Nr. 180.

[28] Goldschmidt S. 80 ff. Die einfache Klausel „zahlbar bei Sicht" macht einen Schuldschein noch nicht notwendig zum Präsentationspapier, kann sich vielmehr in der Bedeutung „auf Verlangen stets zahlbar" erschöpfen, ohne die „Vornahme eines Formalakts der Präsentation" als Bedingung der Zahlbarkeit vorzuschreiben; dann wird die Forderung auch durch Klageerhebung fällig; Seuff. XLIX Nr. 154.

[29] Protesterlafs ist auch beim Wechsel zulässig, enthält aber noch nicht Präsentationserlafs; W.O. Art. 42.

Digitized by Google

darf, auch solche Namenpapiere, bei denen der Aussteller nur berechtigt ist, den Besitz als ausreichende Legitimation zu behandeln[30].

IX. Während manche Wertpapiere (z. B. Wechsel, Warenpapiere, Bodmereibriefe, Versicherungspolicen, Sparkassenbücher) nur als Einzelpapiere vorkommen, werden andere Wertpapiere (z. B. Aktien, Anleihepapiere, Inhaberpfandbriefe, Lose) als Massenpapiere ausgegeben. Die Massenpapiere verkörpern anteilige Rechte von gleichem Inhalte, haben daher gleichen Wortlaut und enthalten einen Hinweis auf ihre Zusammengehörigkeit. Zerfällt eine zusammengehörige Masse von Wertpapieren in ungleich beschaffene Gruppen (z. B. mehrere Gattungen von Aktien oder verschiedene Serien von Anleihepapieren), so beschränkt sich die Gleichförmigkeit auf die derselben Gruppe angehörigen Papiere. Die einzelnen Stücke empfangen Nummern (oder Buchstaben und Nummern) als Unterscheidungszeichen. Sie sind daher individuell bestimmte Sachen. Allein im Gegensatze zu den Einzelpapieren, die stets unvertretbare Sachen bleiben, können gleichartige Massenpapiere im Verkehr als vertretbare Sachen behandelt werden.

X. Manche Wertpapiere bestehen aus Hauptpapieren mit Nebenpapieren. Nebenpapiere verkörpern ein dem im Hauptpapiere verkörperten Rechte zugehöriges Nebenrecht. So werden über die einzelnen künftig fällig werdenden Forderungen auf Zinsen aus einer persönlichen oder dinglichen Schuld, auf Renten aus einer Rentenschuld oder auf Gewinnanteil aus einem Gesellschaftsverhältnis Zinsscheine (Coupons), Rentenscheine oder Gewinnanteilscheine (Dividendenscheine) als Nebenpapiere zu Anleihepapieren, Pfand-, Grundschuld- oder Rentenbriefen, Aktien usw. ausgegeben. Aufserdem wird gewöhnlich dem Bogen, der eine für einen bestimmten Zeitraum ausgestellte Reihe solcher Scheine enthält, ein Erneuerungsschein (Talon) angefügt, der zum Empfange einer neuen Reihe von Scheinen nach Ablauf jenes Zeitraumes berechtigt. Die Nebenpapiere sind Zubehörungen des Hauptpapiers[31]. Sie ergänzen das Hauptpapier, sind aber besondere Wertpapiere für sich, die das Nebenrecht selbständig verkörpern[32]. Als körper-

---

[30] Vgl. unten § 110 VII.

[31] Vgl. oben § 105 Anm. 65.

[32] R.Ger. XIV Nr. 37. Dies gilt auch für den Erneuerungsschein, wennschon das in ihm verbriefte Bezugsrecht zugleich mit dem Hauptpapier verbunden bleibt, seine Rechtsträgerschaft jederzeit durch Erklärung des Inhabers des Hauptpapiers vernichtet werden kann und das Eigentum an ihm untrennbar vom Eigentum am Hauptpapier ist, so daſs nur der Besitz an ihm

liche Sachen teilen sie die Schicksale des Hauptpapiers, können aber auch von ihm getrennt und besonderen sachenrechtlichen Schicksalen unterworfen werden. Hiermit wird zugleich das in ihnen verkörperte Recht der Verselbständigung fähig. Immer aber bleibt dieses Recht seinem Inhalte nach ein Nebenrecht der in der Urkunde bezeichneten Art[83].

XI. Die meisten Wertpapiere werden als Solapapiere nur in einem Exemplare ausgestellt. Manche Wertpapiere aber sind der Vervielfältigung durch Duplikate fähig; so insbesondere gezogene Wechsel, Konnossemente und Bodmereibriefe, die auf Verlangen in mehreren gleichlautenden Exemplaren ausgestellt werden müssen[84]. Findet eine solche Vervielfältigung statt, so mufs jedes Exemplar sich selbst als nur eines von mehreren Exemplaren desselben Wertpapiers bezeichnen[85]. Jede derartige Urkunde ist eine körperliche Sache für sich, verkörpert aber dasselbe Recht, das die anderen Urkunden verkörpern. Das einzelne Exemplar ist daher ein geeignetes Mittel zur Übertragung und Ausübung des Rechts und vermag auch beim Untergange der anderen Exemplare den Fortbestand des Rechtes zu sichern. Die Schicksale des verkörperten Rechtes aber wirken auf alle Exemplare ein, so dafs die auf einem abgegebene Erklärung auch für die anderen wirkt[86], die Übergabe des hierzu bestimmten Exemplars

---

und damit das Recht zur Ausübung des Bezugsrechts gesondert übertragen werden kann; vgl. unten § 112 Anm. 84.

[83] Der Zinsschein verkörpert keine abstrakte Forderung, sondern eine Zinsforderung aus einer bestimmten Hauptforderung; R.O.H.G. XV Nr. 64, R.Ger. XXXI Nr. 27. Darum ist auch das Verbot des Zinseszinses anwendbar; Seuff. XX Nr. 59, R.O.H.G. X Nr. 45, XXIV Nr. 257, R.Ger. V Nr. 69. Der Gewinnanteilschein verkörpert ein zu einem bestimmten Mitgliedschaftsrecht gehöriges und von ihm abhängiges Nebenrecht; R.Ger. XV Nr. 21, XXII Nr. 22.

[84] W.O. Art. 66; H.G.B. § 642 u. 686. — Zwei Expemplare desselben Wertpapiers sind auch da, wo für Lagerscheine das Zweischeinsystem gilt, der zur Eigentumsübertragung dienende Lagerschein und der zur Verpfändung dienende Lagerpfandschein (Warrant); vgl. v. Kostanecki, Der Lagerschein als Traditionspapier, Berlin 1902, S. 5 ff., Wimpfheimer, Der Lagerschein nach deut. R., Karlsruhe 1903, S. 4 ff., 89 ff. In Deutschland ist diese Verdoppelung des Lagerscheins nur in Bremen und Elsafs-Lothringen zulässig. Die Meinung Wimpfheimers a. a. O. S. 63 ff., dafs überall durch Vereinbarung einer Duplikatausstellung der gleiche Erfolg zu erreichen sei, ist schwerlich haltbar.

[85] Als Prima, Sekunda, Tertia usw. (W.O. Art. 66) oder durch Angabe der Zahl der ausgestellten Exemplare (H.G.B. § 643 Z. 10, § 686 Abs. 2).

[86] R.Ger. IX Nr. 9 S. 60.

Digitized by Google

zugleich das Eigentum an einem abwesenden Exemplar zu übertragen vermag[37] und die Einlösung eines Exemplars alle Exemplare entkräftet[38]. Zum Teil kann auch eine bloſse Abschrift die Funktion eines zweiten Rechtsträgers erfüllen[39].

XII. Wertpapiere, die im Handelsverkehr den Gegenstand von Rechtsgeschäften zu bilden pflegen, werden als Handelspapiere bezeichnet[40]. Effekten heiſsen die Handelspapiere, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, auſser den Wechseln.

§ 110. Rektapapiere[1].

I. Begriff. Rektapapiere sind Wertpapiere, die eine bestimmte Person und nur sie als berechtigt bezeichnen.

Der Regel nach ist jedes Wertpapier ein Rektapapier, wenn es als schlichtes Namenpapier auftritt. Eine Ausnahme bilden Wechsel und Namenaktien oder Interimsscheine; sie sind nur Rektapapiere, wenn die ihnen kraft Gesetzes innewohnende Orderpapiereigenschaft ausdrücklich (bei Wechseln durch die „negative Orderklausel“ auf dem Papier selbst, bei Aktien und Interimsscheinen durch das Statut) ausgeschlossen ist[2]. Andererseits gibt es Wertpapiere, die überhaupt keinen Namen enthalten, gleichwohl aber stillschweigend eine bestimmte Person als berechtigt voraussetzen und somit zu den Rektapapieren gehören[3]. Auch

---

[37] W.O. Art. 68; R.O.H.G. XI 392; R.Ger. IX Nr. 9.

[38] W.O. Art. 67, H.G.B. § 645 u. 688. Jedoch gelten bei Wechseln zwei Ausnahmen, von denen die Vervielfältigung der Haftung durch Indossierung mehrerer Exemplare an verschiedene Personen (Art. 67 Z. 1) in der Natur der Sache begründet ist, die mehrfache Haftung aus dem Akzept mehrerer Exemplare (Art. 67 Z. 2) auf positiver Bestimmung beruht. Bei Konnossementen werden durch H.G.B. § 646 u. 659, bei Bodmereibriefen durch H.G.B. § 689 Besonderheiten herbeigeführt. Die Aushändigung des Lagerguts erfolgt, wo Zweischeinsystem gilt, nur gegen Rückgabe beider Scheine.

[39] So die Wechselkopie bei der Übertragung; W.O. Art. 70—72.

[40] Altes H.G.B. Art. 67, 271 Z. 1 u. 2; Thöl, H.R. § 211; Goldschmidt, Handb. I 552; Brunner S. 147; R.O.H.G. XXIV 257; R.Ger. XVI Nr. 18. Auch das neue H.G.B. versteht in § 1 Abs. 2 Z. 1, § 93 u. § 383 (anders in § 381) unter „Wertpapieren“ nur Handelspapiere; vgl. Staub, Bem. 37 ff. zu § 1, Jacobi S. 8 ff., 12. Der Begriff ist aber streitig.

[1] Thöl, H.R. § 217. Endemann, H.R. § 84. Kuntze, Inhaberp. S. 464, Z. f. H.R. VI 32 ff. Knies, Kredit I 172 ff., 190 ff. Bluntschli, D.P.R. § 116. Brunner b. Endemann S. 176 ff. Randa, Eigent. S. 359 ff. Cosack b. Gerber § 256, B.R. II § 272. Jacobi a. a. O. S. 236 ff.

[2] W.O. Art. 9; H.G.B. § 222 u. 224.

[3] Vgl. unten S. 140 zu VII a. E.

Digitized by Google

verwandeln sich Inhaberpapiere durch Festmachung in Rektapapiere[4].

Der Begriff des Rektapapiers ist auf Wertpapiere einzuschränken. Bloſse Beweisurkunden sind keine Rektapapiere. Manche Gattungen von Urkunden gelten auch dann, wenn sie der Eigenschaft eines Order- oder Inhaberpapiers entbehren, schon kraft Rechtssatzes als Wertpapiere. So z. B. Wechsel, Aktien nebst Interimsscheinen[5], Kuxscheine, Ladescheine, Konnossemente, Bodmereibriefe, Seeversicherungspolicen und gewisse Arten von Anweisungen[6]. Ebenso behandelt das bürgerliche Gesetzbuch die Hypothekenbriefe, Grundschuldbriefe und Rentenschuldbriefe durchweg als Wertpapiere, während bisher die Hypothekenbriefe vielfach nur als Beweisurkunden erschienen[7]. Andere auf Namen lautende Urkunden empfangen die Eigenschaft von Rektapapieren durch eine auf Schaffung eines Wertpapiers gerichtete Willenserklärung des Ausstellers, die aus der Urkunde selbst ersichtlich sein muſs[8]. So können Schuldscheine und andere Verpflichtungsscheine, Sparkassenbücher, Versicherungspolicen, Lagerscheine, Depotscheine usw. als Rektapapiere ausgestellt werden[9].

II. Arten. Zu den Rektapapieren gehören, wie die angeführten Beispiele zeigen, nicht bloſs Forderungspapiere, sondern auch personenrechtliche und sachenrechtliche Papiere[10]. Rektapapiere

---

[4] Vgl. unten § 112 Anm. 96.

[5] Auch die gemäſs H.G.B. § 180 Abs. 3, § 222 Abs. 2 u. § 212 vinkulierten Aktien bleiben Wertpapiere; Seuff. L Nr. 255; R.Ger. XXXVI Nr. 9.

[6] Zweifellos nach B.G.B. § 785 u. 792 alle schriftlichen Anweisungen auf Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen. Aber auch nach bisherigem Recht kaufmännische Anweisungen und Schecks; Brunner S. 178.

[7] Voll entwickelte Rektapapiere waren die mecklenburgischen Hypothekenbriefe und die preuſsischen Grundschuldbriefe; R.Ger. XIV Nr. 24, XVII Nr. 27. Vgl. unten § 157 V 2.

[8] Insbesondere (aber nicht ausschlieſslich) eignet sich hierzu die Einlösungsklausel; vgl. R.O.H.G. III 16, XII 253.

[9] Auch der kaufmännische Verpflichtungsschein ist nicht, wie Brunner S. 178 annimmt, ohne weiteres Wertpapier; vgl. Cosack b. Gerber S. 432. Über Sparkassenbücher als Wertpapiere vgl. Seuff. XLII Nr. 319. Die Lagerscheine und die Bankdepotscheine (z. B. die Depotscheine der Reichsbank) pflegen die Einlösungsklausel zu tragen. — Unrichtig heiſst es im Erk. des R.Ger. XXIX Nr. 73, eine Lebensversicherungspolice sei nie „Wertpapier"; auch sonst wird vom R.Ger. öfter der Begriff des Wertpapiers zu eng gefaſst, vgl. z. B. XVII Nr. 57—58.

[10] Früher wurde der zuerst im Wechselrecht aufgekommene Ausdruck „Rektapapier" meist auf Forderungspapiere beschränkt; vgl. darüber und dagegen Brunner S. 177 ff.

Digitized by Google

können von Staaten, Körperschaften und Einzelpersonen ausgestellt werden; Staatsschuldscheine, die auf Namen lauten, sind zwar bisher weder vom Reich noch von Preufsen, wohl aber von anderen deutschen Staaten ausgegeben [11]. Unter den Rektapapieren befinden sich skripturrechtliche Papiere [12], abstrakte Papiere [13], Präsentationspapiere [14] und Legitimationspapiere [15].

III. Begründung. Soweit das Rektapapier konstitutiv ist, kann der Begebungsvertrag nur mit der benannten Person zustande kommen [16].

IV. Recht am Papier. Als bewegliche körperliche Sachen bilden die Rektapapiere den Gegenstand von Besitz, Eigentum und begrenzten dinglichen Rechten [17]. Auch können sie vindiziert werden [18]. Dabei gelten, soweit nicht abweichende gesetzliche Bestimmungen durchgreifen, die allgemeinen Regeln des Fahrnisrechts. Somit sind an sich auch die Beschränkungen der Eigentumsverfolgung durch den Satz „Hand wahre Hand" und die daraus erwachsenen Vorschriften über den Erwerb von Eigentum und

---

[11] Brunner S. 153 ff. — Über städtische Partialobligationen auf Namen R.Ger. XVI Nr. 18.

[12] So der preufsische Grundschuldbrief; Ges. v. 5. Mai 1872 § 38, R.Ger. XVI Nr. 58. Im übrigen gewinnen Hypotheken- und Grundschuldbriefe dadurch einen skripturrechtlichen Charakter, dafs ihnen der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugute kommt; vgl. B.G.B. § 1156—1157. Erweitert wird dies durch die in § 1155 des B.G.B. bestimmte Erstreckung des öffentlichen Glaubens der Bucheinträge auf öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen. — Auch Rektawechsel, Rektaladescheine, Rektakonnossemente und Rektabodmereibriefe enthalten eine skripturmäfsige Verpflichtung; doch mufs sich jeder spätere Erwerber, da er nur Zessionar ist, Einreden aus der Person seines Rechtsvorgängers entgegensetzen lassen. Ebenso verhält es sich nach B.G.B. § 784 u. 792 mit dem Anweisungsakzept; oben § 109 Anm. 19.

[13] So stets Rektawechsel und Grundschuldbriefe, möglicherweise auch Schuldscheine und Anweisungen; oben § 109 Anm. 17.

[14] Von Rechtswegen gelten, falls nicht die Präsentationspflicht besonders ausgeschlossen ist, Wechsel, Konnossemente, Ladescheine, Bodmereibriefe und Seeversicherungspolicen über eine Versicherung für fremde Rechnung (H.G.B. § 887), nicht aber, wie Brunner S. 160 annimmt, auch kaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine und Lagerscheine als Präsentationspapiere. Immer bleiben festgemachte Inhaberpapiere Präsentationspapiere. Im übrigen bedarf es der positiven Präsentationsklausel.

[15] Vgl. unten zu VII S. 138 ff.

[16] Manche Anhänger der Kreationstheorie lassen diese beim Rektapapier fallen; so Stobbe III § 171 Anm. 22, Cosack b. Gerber S. 433, B.R. II § 272 I 2. Für die Anweisung ist die Begebung durch B.G.B. § 783 ausdrücklich vorgeschrieben. Wegen der Grundpfandbriefe vgl. oben § 108 Anm. 45.

[17] R.Ger. II Nr. 3, XXII Nr. 23 S. 129 u. 130.

[18] R.Ger. XI Nr. 50; Seuff. XL Nr. 278.

Digitized by Google

Pfandrecht aus der Hand eines Nichteigentümers auf Rektapapiere anwendbar[19]. Nur mufs, damit am Rektapapier Eigentum oder Pfandrecht erworben werde, nicht blofs die Urkunde übergeben, sondern auch das verbriefte Recht durch eine hierauf gerichtete Erklärung wirksam übertragen oder verpfändet sein[20].

V. Recht aus dem Papier. Das Recht aus dem Papier steht hier wie bei jedem Wertpapier dem Eigentümer des Papiers zu. Eigentümer aber des Rektapapiers kann nur sein, wer entweder durch das Papier als Berechtigter bezeichnet ist oder auf gehörige Weise sein Recht von diesem ableitet. Ebenso bedingen Niefsbrauch oder Pfandrecht am verbrieften Recht und Niefsbrauch oder Pfandrecht am Papier einander gegenseitig.

VI. Übertragung. Die Übertragung des Rechts aus dem Rektapapier ist insoweit zulässig, als sie nicht durch besondere Satzung oder Vereinbarung ausgeschlossen ist[21]. Sie ist aber nicht, wie bei Order- und Inhaberpapieren, durch die Urkunde selbst in bestimmter Weise vorgesehen.

Darum erfolgt die Veräufserung des Rektapapiers niemals durch blofse Übergabe mit sachenrechtlichem Übereignungswillen, fordert vielmehr stets eine auf das Recht aus dem Papier gerichtete Übertragungshandlung[22]. Diese bestimmt sich nach der Natur des verbrieften Rechts. Sie ist daher bei Forderungspapieren eine

---

[19] Vgl. Endemann, H.R. § 83 Anm. 8, § 84 Anm. 4, Handb. II 55 Gierke a. a. O. S. 265; Goldschmidt, Z. f. H.R. XXXIX 432; bes. aber Randa a. a. O. S. 359 ff. — Das Gegenteil behaupten Brunner S. 183 ff.; Lehmann, Theorie S. 18 Anm. 27; Cosack b. Gerber S. 433; auch hinsichtlich des H.G.B. Art. 306 R.O.H.G. VII Nr. 34, XVIII Nr. 5, R.Ger. X Nr. 9, XVII Nr. 27.

[20] Vgl. unten zu VI. Der Papiererwerb vom Nichteigentümer kann daher nur vorkommen, wenn entweder der Vormann zwar Berechtigter, aber nicht Papiereigentümer war (denkbar bei nicht konstitutiven Wertpapieren), oder aber auch das verbriefte Recht durch Verfügung eines legitimierten Nichtberechtigten erworben werden kann. Letzteres ist z. B. bei Hypotheken- und Grundschuldbriefen nach B.G.B. § 1155 der Fall: veräufsert der durch eine zusammenhängende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen legitimierte Papierbesitzer die Hypothek oder Grundschuld durch gehörige Abtretungserklärung und Briefübergabe, so erwirbt der gutgläubige Empfänger zugleich das Grundpfandrecht und das Briefeigentum, wenn auch der Veräufserer weder Gläubiger noch Eigentümer war.

[21] So können Aktien oder Kuxscheine durch das Statut, Forderungspapiere durch einen Vermerk des Ausstellers (wie er sich z. B. auf den Depotscheinen der Reichsbank findet und für Anweisungen durch B.G.B. § 792 Abs. 2 vorgesehen wird) für unübertragbar erklärt werden. Vgl. Brunner S. 179.

[22] R.Ger. IX Nr. 66, XV Nr. 14 S. 59; B.G.B. § 792 Abs. 1, § 1154.

Digitized by Google

Forderungsabtretung (Zession)[23], bei Mitgliedschaftspapieren eine Abtretung der Mitgliedschaft[24], bei sachenrechtlichen Wertpapieren eine Abtretung des dinglichen Rechts[25]. Ihre Erfordernisse und Wirkungen richten sich nach denselben Regeln, die für nicht verkörperte Rechte gleicher Art gelten. Immer aber mufs, falls eben überhaupt ein vollkommenes Wertpapier vorliegt, die Übergabe des Papiers hinzutreten, damit sich der Rechtsübergang vollende und das Eigentum am Papier übergehe[26]. Besonderheiten können durch Gesetz, Satzung oder Vereinbarung eingeführt sein. Mitunter ist die Übertragung an besondere materielle Voraussetzungen gebunden[27]. Bei manchen Rektapapieren bedarf sie einer besonderen Form[28]. Im Zweifel kann die Abtretungserklärung auf dem Papier selbst vollzogen werden[29]. In diesem Falle ist mitunter eine

---

[23] Brunner S. 178 ff.; dazu S. 180 ff. über mögliche Delegation (z. B. bei Staatspapieren, die nach gehörigem Ausweis auf den Namen des neuen Gläubigers umgeschrieben werden).

[24] Oben Bd. I 495; Brunner S. 182; K. Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften II 32 ff.

[25] Brunner S. 182 ff. Bei der Hypothek verbunden mit Zession der Forderung.

[26] Für Anweisungen und für Grundpfandbriefe ist dies im B.G.B. § 792 u. § 1154 ausdrücklich bestimmt. Es folgt aber aus der Natur des Wertpapiers und gilt daher allgemein, sofern nicht das Gegenteil gesetzlich vorgeschrieben oder vereinbart ist (oben § 108 Anm. 54). Vgl. Brunner S. 179 u. 182; Randa a. a. O. S. 363; Behrend, H.R. I 806 Anm. 16; Staub zu H.G.B. § 222 Anm. 5; R.O.H.G. XI Nr. 85; R.Ger. III Nr. 88, XIV 100, XV 59, XXXVII Nr. 83, Seuff. L Nr. 255. — Grundsätzlich abweichend Cosack b. Gerber S. 433 u. B.G. § 272, der bei Rektapapieren stets das Papier dem Recht folgen und daher durch den blofsen Rechtsabtretungsakt das Eigentum am Papier übergehen läfst, während Besitzerwerb nur erforderlich sein soll, um die Ausübungsmöglichkeit zu erlangen. Unsicher spricht sich Jacobi S. 241 ff. aus.

[27] So z. B. an die Genehmigung des Ausstellers; bei Mitgliedschaftspapieren an die Genehmigung bestimmter Vereinsorgane (H.G.B. § 222 Abs. 4).

[28] Bei Grundpfandbriefen ist nach B.G.B. § 1154 schriftliche Form der Abtretungserklärung ausreichend; doch kann einerseits der neue Gläubiger deren öffentliche Beglaubigung verlangen, andererseits die Schriftform durch Bucheintrag ersetzt werden. Schriftlicher Form bedarf auch die Übertragungserklärung bei der Anweisung nach B.G.B. § 792 Abs. 1. Ebenso bei Kuxscheinen nach Preufs. Bergges. § 105. Gerichtlich oder notariell beglaubigte Übertragungserklärung fordert das H.G.B. § 222 Abs. 4 bei gebundenen Kleinaktien.

[29] Darum kann auch ein Indossament eines Rektapapiers, obschon als solches unwirksam, als Zession wirken; R.O.H.G. XIV Nr. 26, R.Ger. b. Seuff. XLIX Nr. 245, Grünhut, W.R. II 91.

Digitized by Google

Blankoabtretung zugelassen[30], durch die das Rektapapier zwar keineswegs in ein Inhaberpapier verwandelt wird[31], wohl aber bis zur Ausfüllung des für den Namen des Berechtigten leer gelassenen Raumes jedem Inhaber die Stellung eines papiergemäfs legitimierten Rechtsnachfolgers des zuletzt genannten Berechtigten verleiht[32].

Ebenso fordert die Verpfändung des Rektapapiers zugleich die Übergabe des Papiers und eine auf das Recht aus dem Papier gerichtete Verpfändungserklärung[33].

Die Pfändung von Rektapapieren wird durch Besitznahme vollzogen, während die Realisierung des Pfändungspfandrechts je nach der Beschaffenheit des Papiers und des in ihm verbrieften Rechts auf verschiedenen Wegen erfolgt[34].

---

[30] So bei den preufs. Grundschuldbriefen durch Ges. v. 5. Mai 1872 § 55; bei den mecklenburg. Hypothekenbriefen durch Gewohnheitsrecht; Sohm, Z. f. H.R. XVII 70 ff., Mecklenburg. Erinnerungen zum Entw. des B.G.B., Schwerin 1891, S. 249 ff., H. Behrend, Die unvollkommenen Orderpapiere, Leipzig 1892, S. 60 ff., R.Ger. XVIII Nr. 27. Keineswegs aber ist, wie Sohm a. a. O. meint, echte Blankoabtretung allgemein zulässig; vielmehr ist sie an sich eine unfertige Zession, die erst durch Namenseinfügung perfekt wird.

[31] A. M. Dernburg, Preufs. P.R. I § 326, Hyp.R. II 321; Achilles, Komm. z. § 55 cit. Vgl. aber Pappenheim, Inhaberp. S. 72 ff., v. Meibom, Meckl. Hypothekenr. S. 289, H. Behrend a. a. O. S. 67 ff., R.O.H.G. XIX 389, R.Ger. IV Nr. 51, XVI Nr. 18, Seuff. XXII Nr. 22 u. 23. Daher sind die Vorschriften über Eigentumserwerb usw. an Inhaberpapieren unanwendbar.

[32] Jeder Inhaber kann daher die Blankoabtretung durch einen Namen ausfüllen, aber auch die Grundschuld ohne solche Ausfüllung abtreten oder geltend machen. Vgl. unten § 111 Anm. 28 ff. über das analoge Verhältnis beim Blankoindossament.

[33] Brunner S. 183 ff.; R.Ger. IX Nr. 80, XV Nr. 14 (Verpfändungserklärung auf dem Papier selbst möglich, daher bei preufs. Grundschuldbriefen auch in Form einer so gemeinten Blankoabtretung); für Kuxscheine Preufs. Bergges. § 108, das hier Übergabe fordert. — Die Vorschrift des B.G.B. § 1280, nach der zur Wirksamkeit der Verpfändung einer Forderung die Anzeige an den Schuldner erforderlich ist, gilt nur für eine Forderung, „zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt," ist daher auf Rektapapiere, die vollkommene Wertpapiere sind, unanwendbar. A. M. natürlich Cosack, B.R. § 272 IV 2. — Verpfändung des Papiers ohne gleichzeitige Verpfändung des Rechts ist unmöglich; K.Ger. b. Seuff. LIX Nr. 159

[34] Falls der Verkaufswert mafsgebend ist, durch Versteigerung oder bei Wertpapieren mit Markt- oder Börsenpreis durch freihändigen Verkauf, erforderlichenfalls unter Umschreibung des Papiers auf den Namen des Käufers; C.Pr.O. § 821—822. Im übrigen bei Geldpapieren durch Überweisung der Forderung (nach Wahl des Gläubigers zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwert), jedoch unter Aushändigung der Urkunde; Brunner S. 184 Anm. 33. Bei Papieren auf Leistung oder Herausgabe körperlicher Sachen durch Vollstreckung in den Anspruch nach C.Pr.O. S. 846 ff. Über Pfändung von Hypotheken- und Grundschuldbriefen C.Pr.O. § 830, 837.

Digitized by Google

VII. Ausübung. Das Recht aus dem Rektapapier kann nur ausüben, wer das Papier besitzt. Denn der Verpflichtete braucht nur gegen Vorlegung und, falls von ihm vollständige Erfüllung begehrt wird, nur gegen Aushändigung des Papiers zu leisten[85]. Der Besitzer mufs aber, um das Recht aus dem Papier geltend zu machen, sich als berechtigt legitimieren. Er mufs also nachweisen, dafs er entweder mit dem im Papier genannten Berechtigten identisch oder dessen Rechtsnachfolger oder von ihm bevollmächtigt ist. Doch gilt für einzelne Gattungen von Rektapapieren abweichendes Recht.

1. Bei manchen Rektapapieren wird die Legitimation dem Aussteller gegenüber durch ein von diesem geführtes Buch erbracht, das die Namen der Berechtigten verzeichnet. So bei Aktien durch das Aktienbuch, bei Kuxscheinen durch das Gewerkenbuch, zum Teil auch bei Staatsschuldscheinen durch ein Staatsschuldbuch[86]. Hier ist der legitimierte Papierbesitz zwar erforderlich, um den Anspruch auf Eintragung in das Buch geltend zu machen[87]. Allein im übrigen kann die Rechte aus dem Papier der und nur der ausüben, der im Buche als Berechtigter eingetragen steht. Denn er und nur er wird im Verhältnisse zum Aussteller als „Eigentümer" des Papiers angesehen und gilt daher der Aktiengesellschaft gegenüber als Aktionär, der Gewerkschaft gegenüber als Gewerke, dem Staate gegenüber als Gläubiger[88]. Ist daher das Recht unter Übergabe des Papiers übertragen, so ist bis zur Umschreibung des Namens gleichwohl der bisher Berechtigte noch und der nunmehr Berechtigte noch nicht in der Lage, das verbriefte Recht auszuüben.

2. Vielfach wird ferner durch Gesetz, Satzung oder Vertrag die Legitimationskraft des Papierbesitzes durch Erleichterung oder Erlafs der dem Aussteller obliegenden Prüfungspflicht gesteigert.

Eine Erleichterung der Legitimationsprüfung liegt vor, wenn der Aussteller nur berechtigt, nicht verpflichtet ist, die Echtheit der Abtretungsurkunden zu untersuchen, durch die sich der Papierbesitzer als Rechtsnachfolger des Berechtigten ausweist[89].

---

[85] B.G.B. § 785, 808, 1160; H.G.B. § 448, 650, 688 Abs. 2, 887; W.O. Art. 39. — Eine Ausnahme besteht für das Rektakonnossement im Falle des H.G.B. § 659 Abs. 4. Ferner bei Grundpfandbriefen in Ansehung der Zinsen und anderer Nebenleistungen; B.G.B. § 1160 Abs. 3.

[86] H.G.B. § 222—224; Preuſs. Bergges. § 103—107; Brunner S. 153.

[87] H.G.B. § 223 Abs. 1; Preuſs. Bergges. § 105. Abs. 3.

[88] H.G.B. § 223 Abs. 3; Preuſs. Bergges. § 106.

[89] So die Aktiengesellschaft, wenn ihr Aktien zur Umschreibung vorgelegt

Digitized by Google

Oder wenn er nicht zu prüfen braucht, ob der Präsentant des Papiers wirklich die Person ist, für die er sich ausgibt[40].

Ein völliger Erlafs der Legitimationsprüfung macht das Rektapapier zu einem Legitimationspapier, bei dem der Aussteller befugt ist, den blofsen Besitz des Papiers als ausreichende Legitimation zu behandeln[41]. Diese Befugnis kann der Aussteller sich wirksam ausbedingen, indem er einem Namenpapier die „Legitimationsklausel" einfügt[42]. Ein derartiger Vorbehalt begegnet nicht selten bei Sparkassenbüchern, Versicherungspolicen, Pfandscheinen, Depotscheinen und Anleihepapieren[43]. Kraft gesetzlicher Bestimmung gilt Gleiches für Anerkenntnisse über die für Kriegsleistungen geschuldeten Vergütungen[44]. Solche auf Namen lautenden Legitimationspapiere sind keine Inhaberpapiere und unterliegen daher nicht den für Inhaberpapiere geltenden besonderen Rechtssätzen[45]. Der Inhaber hat kein Recht darauf, dafs die Prüfung seiner Legitimation unterbleibe. Vielmehr kann der Aussteller stets, ohne in Verzug zu geraten, den Nachweis der Berechtigung fordern. Allein der Aussteller kann ohne Gefahr jede Legitimationsprüfung unterlassen. Nur wenn er weifs, dafs der Papierinhaber durch Ausübung des Rechts aus dem Papier unredlich handelt, kann er sich auf den Erlafs der Legitimationsprüfung nicht berufen[46].

---

werden; H.G.B. § 223 Abs. 2. — Weiter noch geht die Legitimationskraft der beglaubigten Abtretungserklärungen bei Grundpfandbriefen nach B.G.B. § 1155; sie wirkt auch gegenüber Dritten (oben Anm. 20) und begründet dem Schuldner gegenüber eine Vermutung für das Recht. — Vgl. Jacobi S. 244.

[40] So die Reichsbank bei ihren Depotscheinen; Brunner S. 173.

[41] Über solche „Legitimationspapiere", die von Brunner „hinkende Namenpapiere", von Manchen auch unvollkommene oder hinkende „Inhaberpapiere" genannt werden, vgl. Thöl, H.R. § 217, Brunner S. 174 ff., Stobbe III 194 ff. (b. Lehmann S. 498 ff.), Cosack b. Gerber § 257, B.R. § 274 II; Dernburg, B.R. II § 153, Crome, B.R. II § 315; Bruschettini a. a. O. S. 326 ff.; Jacobi S. 237.

[42] B.G.B. § 808. Geeignet ist jeder Vermerk, der dem Aussteller das Recht vorbehält, dem Inhaber oder Überbringer wirksam zu leisten. Das Sächs. Gb. § 1048 deutet auch die alternative Inhaberklausel als blofse Legitimationsklausel; unten § 112 II.

[43] R.O.H.G. II 310, III 314 ff., IX 242; R.Ger. I 187, X 40, XXXII 236, b. Seuff. XXXVI Nr. 78; Obst. L.G. f. Bayern ib. LII Nr. 10; Z. f. H.R. IX 142 ff., XI 618 ff.

[44] R.Ges. v. 13. Juni 1873 § 20—21.

[45] R.Ger. X Nr. 9, XXXII Nr. 57; Seuff. XXXVI Nr. 78; Randa S. 353 ff. Insbesondere sind daher die Regeln über den Eigentumserwerb an Inhaberpapieren unanwendbar.

[46] O.L.G. Dresden b. Seuff. XLII Nr. 320. Dies gilt auch gegenüber

Digitized by Google

Hierher gehören auch die Rektapapiere in Inhaberpapierform: scheinbare Inhaberpapiere, die den Namen des Berechtigten nicht nennen, gleichwohl aber das beurkundete Recht einer bestimmten Person verschreiben wollen und nur eben den Aussteller von der Pflicht befreien, die Legitimation des Vorzeigers zu prüfen[47]. Ein derartiges Verhältnis begegnet z. B. bei Sparkassenbüchern[48] und Lebensversicherungspolicen[49]. Im gleichen Sinne ist die Inhaberpapierform von Garderobemarken oder von Legitimationszeichen für den Rückempfang in Reparatur gegebener Sachen auszulegen[50]. Auch diese Papiere sind keine echten Inhaberpapiere und unterstehen daher nicht den für Inhaberpapiere geltenden Regeln. Der Aussteller ist auch hier zwar nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt, den Nachweis der Berechtigung zu fordern.

VIII. Beendigung. Der im Wesen des Wertpapiers begründete Zusammenhang zwischen dem Bestande der Urkunde und dem Bestande des verbrieften Rechts tritt auch beim Rektapapier zu Tage. Doch können manche Rektapapiere, wenn sie vernichtet oder abhanden gekommen sind, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden[51]. Ist das Rektapapier für kraftlos

---

B.G.B. § 808. A. M. Planck zu § 808 Bem. 3; vgl. aber Oertmann zu § 808 Bem. 1. Dazu unten § 112 Anm. 93—94.

[47] Pappenheim, Inhaberp. S. 79 ff.; Brunner S. 175 („hinkende Inhaberpapiere"); Wttewaall a. a. O. S. 62 ff.; Bruschettini a. a. O. S. 309 ff. (titoli al portatore impropri); Jacobi S. 237.

[48] O.L.G. Rostock b. Seuff. XLII Nr. 319.

[49] R.O.H.G. XIV Nr. 10; R.Ger. b. Seuff. XLIII Nr. 216, LII Nr. 43; Pappenheim a. a. O. S. 80 Anm. 242.

[50] Fuchs, Die Karten und Marken des täglichen Verkehrs, Allg. Österr. Gerichtszeitung 1880 Nr. 88—98; Brunner S. 175; Cosack, B.R. § 274 II 4 a. Diese Urkunden fallen nicht unter B.G.B. § 807.

[51] Wechsel nach W.O. Art. 73 u. 98; Aktien und Interimsscheine nach H.G.B. § 228, falls nicht in der Urkunde das Gegenteil ausgesprochen ist; Legitimationspaiere nach B.G.B. § 808 Abs. 2, falls nicht ein Anderes bestimmt ist (nach E.G. Art. 102 kann bei ihnen landesgesetzlich ein abweichendes Verfahren bestimmt werden, vgl. z. B. Bayr. A.G. Art. 111 ff., Württ. Art. 188); Grundpfandbriefe nach B.G.B. § 1162; Kuxscheine nach Preufs. Bergges. § 110. — Im übrigen sieht das Reichsrecht eine Kraftloserklärung von Rektapapieren nicht vor. Während nach H.G.B. Art. 305 Abs. 2 alle kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheine, Konnossemente, Ladescheine, Bodmereibriefe und Seeversicherungspolicen für kraftlos erklärt werden konnten (R.O.H.G. XIX 277), gilt dies nach H.G.B. § 365 Abs. 2 für solche Urkunden nur, wenn sie an Order lauten. Ebensowenig kennt das B.G.B. eine Kraftloserklärung von Anweisungen (unrichtig Dernburg, B.R. II, 2 § 244 III). Die Landes-

Digitized by Google

erklärt, so wird es für die Ausübung des Rechts aus dem Papier durch das gerichtliche Ausschlufsurteil ersetzt[52]. Soweit es sich aber um ein dauerndes Rechtsverhältnis handelt, kann auch die Ausfertigung eines neuen Rektapapiers verlangt werden[53]. Findet keine Kraftloserklärung statt, so kann das Recht aus dem vernichteten oder abhanden gekommenen Papier überhaupt nicht geltend gemacht werden[54], falls nicht etwa gesetzlich bestimmt

---

gesetze, die bei allen Namenpapieren mit der Präsentations- oder Einlösungsklausel (z. B. Bad. Ges. v. 3. März 1879 § 105, Hess. G. v. 4. Juni 1879), bei Schuldurkunden auf Namen (Württ. Ges. v. 18. Aug. 1879 Art. 19) oder überhaupt bei schlichten Namenpapieren (Brem. Ges. v. 25. Juni 1879 § 5, Anhalt v. 10. Mai 1879 § 2) die Kraftloserklärung zuliefsen, sind hinfällig geworden; nur bei den in Rektapapiere umgeschriebenen Inhaberschuldverschreibungen des Staats oder einer anderen öffentlichen Verbandsperson kann das Landesrecht nach E.G. Art. 101 Kraftloserklärung gestatten; so Preufs. A.G. Art. 18 § 9, Bayr. Art. 54 u. 57, Württ. Art. 181 usw.

[52] C.Pr.O. § 1018; Preufs. Bergges. § 105 Abs. 3; früher Preufs. Grdb.O. § 110. — Bei Wechseln kann der Berechtigte schon nach Einleitung des Verfahrens, falls er Sicherheit bestellt, vom Akzeptanten (bei eigenen Wechseln vom Aussteller) Zahlung, andernfalls Hinterlegung der geschuldeten Summe verlangen; W.O. Art. 73. Ergeht das Ausschlufsurteil, so tritt auch hier jetzt nach C.Pr.O. § 1018 das Recht des Wechseleigentümers gegen sämtliche Wechselschuldner wieder in Kraft; R.Ger. XLIX Nr. 34.

[53] So bei Aktien, H.G.B. § 228; bei Hypotheken- und Grundschuldbriefen, Grdb.O. § 67—68 (Preufs. § 112—113); bei Kuxscheinen, Preufs. Bergges. § 103 Abs. 4.

[54] Dieses Ergebnis ist freilich gegenüber der bedauerlichen Lücke, die das neue Recht in Ansehung der Kraftloserklärung von Rektapapieren aufweist (oben Anm. 51), sehr unbefriedigend. Allein wenn Jemand eine Leistung nur gegen Rückgabe einer Urkunde schuldet, kann er die Leistung gegen jede andere Gegenleistung verweigern, wenn er nicht für einen Ausnahmefall aus einem besonderen Grunde dazu verpflichtet ist. Schlechthin unhaltbar ist jedenfalls die im Kommissionsbericht zur Novelle der C.Pr.O. (Drucksachen des Deut. Reichstags 1897/98 Nr. 240 S. 222) ausgesprochene (von H. Neumann zu B.G.B. § 785 geteilte) Ansicht, dafs B.G.B. § 371 S. 2 anwendbar sei. Müfste der Schuldner aus einem gesetzlichen oder vertragsmäfsigen Einlösungspapier gegen ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis des Erlöschens der Schuld leisten, sobald der Gläubiger behauptet (oder auch nur, sobald der Gläubiger nachweist), zur Rückgabe der Urkunde aufser stande zu sein, so hätte die Einlösungsklausel überhaupt keine juristische Bedeutung. Mit welchem Recht will man den Schuldner zu etwas anhalten, was er nicht versprochen hat und nicht versprechen konnte, ohne sich Gefahren auszusetzen, die er gerade vermeiden wollte? Soll etwa auch dann, wenn der Aussteller eines Legitimationspapiers die Kraftloserklärung ausgeschlossen hat (B.G.B. § 808), der Berechtigte sich auf § 371 S. 2 berufen dürfen? Vgl. hierzu Jacobi S. 237 ff. Aber auch die Ansicht von Jacobi S. 238 ff., dafs der Aussteller stets gegen gehörige Sicherheitsleistung für die aus Nichtrückgabe

Digitized by Google

oder vereinbart ist, dafs unter bestimmten Voraussetzungen der Aussteller die Leistung, die er an sich nur „gegen das Papier" schuldet, gegen Sicherheitsleistung zu bewirken hat[55].

§ 111. Orderpapiere[1].

I. Begriff. Orderpapiere sind Wertpapiere, die eine bestimmte Person oder jede andere Person, an die zu erfüllen jene anordnen werde, als berechtigt bezeichnen.

II. Geschichte[2]. Das Orderpapier stammt aus den frühesten Zeiten des romanisch-germanischen Urkundenwesens. Um die prozessuale Geltendmachung einer verbrieften Forderung durch einen Dritten sei es als Stellvertreter oder sei es als Rechtsnachfolger zu ermöglichen, wurde schon im sechsten Jahrhundert in Schuldurkunden eine Klausel aufgenommen, durch die der Schuldner sich verpflichtete, entweder einem genannten Gläubiger zu zahlen oder dem „cui dederit hanc cautionem ad exigendum". Unter den mancherlei gleichbedeutenden Klauseln, die in Übung kamen, behaupteten in den romanischen Ländern solche das Übergewicht, die auf einen Befehl des Gläubigers hinwiesen. Als technischer Ausdruck für diesen Befehl bürgerte sich mehr und mehr das Wort „Ordre" ein. In Deutschland waren entsprechende Klauseln

---

der Urkunde drohenden Nachteile erfüllen müsse, entbehrt der rechtlichen Begründung. Grundsätzlich gilt vielmehr, was Fischer-Henle zu B.G.B. § 785 für die Anweisung sagen: „bei ihrem Untergange erlischt der Anspruch".

[55] Ohne Weiteres hat nach H.G.B. § 659 Abs. 4 der Schiffer, der ein Rektakonossement ausgestellt hat, gegen vorherige Sicherheitsleistung die Güter zurückzugeben oder auszuliefern, wenn der Ablader und der im Konossement bezeichnete Empfänger darin willigen. Diese Ausnahmebestimmung verträgt nicht die ihr von Jacobi a. a. O. gegebene analoge Anwendung auf alle nichtamortisierbaren Rektapapiere. Doch kann eine ähnliche Einschränkung des Einlösungsprinzips vereinbart werden und wird bei manchen Rektapapieren (z. B. Ladescheinen, Lagerscheinen, Seeversicherungspolicen) für den Fall des nachgewiesenen Papierverlustes regelmäfsig als stillschweigend vereinbart anzunehmen sein.

[1] Brunner b. Endemann S. 187 ff. Jacobi, Wertp. S. 246 ff. Bluntschli, D.P.R. § 168. Stobbe, D.P.R. III § 178, b. Lehmann § 219 V, § 227. Franken, D.P.R. § 68. Cosack b. Gerber § 242 ff., B.R. II § 269 ff. Randa, Eigent. S. 356 ff. Dernburg, Preufs. P.R. II § 86 ff., B.R. II § 194 ff. Thöl, H.R. § 218 ff. Endemann, H.R. § 85. Gareis, H.R. § 85. Staub zu H.G.B. § 363. Düringer u. Hachenburg, H.G.B. II 435 ff. Crome, B.R. II § 314. Dazu die ganze Lit. des Wechselrechts; vgl. oben § 108 Anm. 1.

[2] Vgl. bes. die in § 108 Anm. 1 angef. Untersuchungen von Brunner und die ebenda angef. Schriften über die Geschichte des Wechsels, sowie Goldschmidt, U.G. S. 390 ff. und 403 ff.

Digitized by Google

in Gebrauch, bei denen als Bestimmungsmittel für die Person des alternativ Berechtigten die Inhabung des Briefs mit Willen des genannten Gläubigers verwandt wurde. Seit dem sechzehnten Jahrhundert entstand dafür die Formel: „oder dem getreuen Inhaber“. Mehr und mehr wurde indes auch bei uns die einheimische Klausel durch die Form „an Order“ verdrängt.

Die Wirkung der Orderklausel bestand von je darin, dafs zur Geltendmachung des verbrieften Rechtes aufser dem genannten Berechtigten auch ein anderer Präsentant des Papiers befugt war, falls ihm der genannte Berechtigte das Papier gutwillig begeben hatte. Ob er als Rechtsnachfolger oder als Bevollmächtigter auftrete, brauchte der Präsentant nicht offen zu legen. Dagegen mufste er den Beweis der an ihn erfolgten Begebung führen. Hierzu konnte er sich jedes geeigneten Beweismittels bedienen. Insbesondere war die Vorlegung eines vom genannten Berechtigten erteilten „Willebriefes“ üblich. Allmählich kam die Sitte auf, den Begebungsvermerk auf das Orderpapier selbst zu schreiben. Nach französischem Vorbilde wurde hierzu die Rückseite des Papiers benützt und so die Form des Indossaments ausgebildet. Gleichzeitig entwickelte sich, während ursprünglich in der Orderklausel nur die Gestattung einmaliger Weiterbegebung lag, zuerst beim Wechsel die Zulässigkeit mehrmaliger Wiederholung des Indossaments. Die Orderklausel nahm so zugleich die Bedeutung einer Ermächtigung zur Ermächtigung, Order zu erteilen, an und gewann die Kraft, den Papierinhaber auch dann zu legitimieren, wenn er sein Recht nur mittelbar aus der Order des genannten Berechtigten ableitet.

III. Arten. Orderpapiere sind alle Namenpapiere, deren Fassung ergibt, dafs die Geltendmachung des verbrieften Rechtes jeder durch unmittelbare oder mittelbare Anordnung des Genannten bestimmten Person zustehen soll. Neben der Klausel „an Order“ sind auch andere gleichbedeutende Klauseln oder Zusätze geeignet, die Ordereigenschaft zu begründen; so die Worte: „oder dem getreuen Inhaber“ [3]; „oder dem rechtmäfsigen Inhaber“; „auf Verordnung“; „auf Verfügung“; „die Übertragung kann durch Indossament geschehen“ [4]. Wechsel und Namenaktien oder Interimsscheine tragen die Order-

---

[3] R.O.H.G. XXIII 293 ff. Über andere Ansichten O.L.G. Hamburg b. Seuff. XXXVI Nr. 268.

[4] R.O.H.G. XXI Nr. 30. Diese Klausel findet sich in den Reichsbankanteilscheinen; Bankstat. § 4—5. Das Bayr. L.R. II, 3 § 8 c. 6 deutete auch die alternative Inhaberklausel als Orderklausel.

Digitized by Google

klausel von Rechtswegen in sich; sie sind daher Orderpapiere, wenn ihnen diese Eigenschaft nicht wirksam entzogen ist[5].

Vollkommene Orderpapiere sind nach geltendem deutschen Recht nur die Wechsel und sieben Gattungen handelsrechtlicher Urkunden, falls sie an Order lauten: kaufmännische Anweisungen, d. h. Anweisungen, die auf einen Kaufmann über die Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen ausgestellt sind, ohne dafs die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist; kaufmännische Verpflichtungsscheine, d. h. von einem Kaufmann ausgestellte Verpflichtungsscheine über die Leistung von Gegenständen gleicher Art unabhängig von einer Gegenleistung; Konnossemente der Seeschiffer; Ladescheine der Frachtführer; Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten; Bodmereibriefe; Transportversicherungspolicen. Sie sind sämtlich Forderungspapiere, die Konossememte, Ladescheine und Lagerscheine zugleich Warenpapiere; einen liegenschaftsrechtlichen Inhalt können sie durch Bestellung einer Sicherungshypothek für die in ihnen verkörperte Forderung gewinnen[6]. Die vollkommenen Orderpapiere sind streng skripturrechtliche Wertpapiere[7]. Manche von ihnen sind abstrakter Natur[8]. Alle sind, wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich bestimmt ist, Präsentationspapiere[9]. Kaufmännische Schuldverschreibungen an Order kommen als Massenpapiere vor[10].

Unvollkommene Orderpapiere sind die indossablen Mitgliedschaftspapiere[11]. Sie entbehren der skripturrechtlichen

[5] Oben § 110 Anm. 2. Manche Landesgesetze bestimmten Gleiches für Staatsschuldscheine; die Annahme von Brunner S. 180 Anm. 17, dafs dies bei den österreichischen Staatsschuldscheinen der Fall sei, wird von Randa S. 358 Anm. 48a widerlegt.

[6] B.G.B. § 1187, 1189. Vgl. unten § 163 II.

[7] W.O. Art. 82; H.G.B. § 364. — Das Schweiz. O.R. stellt hinsichtlich der skripturrechtlichen Kraft dem Wechsel (Art. 811) jeden Orderscheck (Art. 832 u. 836), die wechselähnlichen Orderpapiere in Form von Zahlungsversprechen (Art. 838) und Anweisungen (Art. 839) und die an Order lautenden Verpflichtungsscheine auf Geld oder vertretbare Sachen (Art. 843) gleich, ohne auf die Person des Ausstellers zu sehen und ohne bei den Verpflichtungsscheinen die Bedingung einer Gegenleistung auszuschliefsen. Dagegen legt es anderen indossablen Papieren (Art. 844) keine skripturrechtliche Kraft bei.

[8] Vgl. oben § 109 Anm. 17—18.

[9] Vgl. oben § 109 Anm. 27.

[10] Häufig werden, um die Staatsgenehmigung zu umgehen, bei einer öffentlichen Anleihe Teilschuldverschreibungen an die Order eines Bankhauses ausgestellt und von diesem mit Blankoindossament emittiert.

[11] Also Aktien und Interimsscheine, sowie Reichsbankanteilscheine. Kux-

Digitized by Google

Kraft[12]. Auch Forderungspapiere, die nicht zu den handelsrechtlichen Orderpapieren gehören, können durch Stellung an Order nur zu unvollkommenen Orderpapieren gemacht werden[13].

Das wichtigste Orderpapier ist der Wechsel, an dem das Recht der Orderpapiere vorbildlich ausgestaltet und bis ins Feinste durchgebildet ist. Darum gehört das Einzelne dieser Lehre ins Wechselrecht. Hier sind nur gewisse gemeinsame Grundzüge darzustellen.

IV. Begründung. Das vollkommene Orderpapier ist konstitutiv. Der Begebungsvertrag wird hier wie beim Rektapapier zwischen dem Aussteller und dem in der Urkunde genannten Berechtigten geschlossen[14]. Er enthält aber zugleich das zu Händen des ersten Nehmers abgegebene Versprechen, an jeden Dritten zu leisten, der Order haben werde[15]. Der Aussteller wird daher dem papiergemäfs legitimierten Dritten unmittelbar aus seinem Versprechen verpflichtet. Lautet sein Versprechen, wie dies beim gezogenen Wechsel notwendig und bei sonstigen Orderanweisungen möglicherweise der Fall ist, auf eine fremde Leistung (Annahme

---

scheine können nicht für indossabel erklärt werden; a. M. Brunner S. 189. — Vgl. H. Behrend, Die unvollkommenen Orderpapiere, insbes. die indossable Namenaktie, Leipzig 1892; Jacobi S. 74 ff.

[12] H. Behrend a. a. O. S. 56 ff. Auch das neue H.G.B. hat auf indossable Aktien zwar die Art. 36 u. 74 der W.O. für anwendbar erklärt (§ 222 Abs. 3), aber für sie keine dem § 364 Abs. 2 entsprechende Bestimmung getroffen; vgl. Cosack, H.R. S. 635, K. Lehmann, Recht der A.G. II 98 ff. Staub zu H.G.B. § 223 Anm. 10 u. Jacobi S. 355 wollen trotzdem auch bei indossablen Aktien die Grundsätze des § 364 durchführen.

[13] Vgl. indes Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 230 ff., über die Möglichkeit, durch Vereinbarung ein „ziviles Orderpapier" mit skripturrechtlicher Kraft zu schaffen. Dazu Brunner S. 190, Düringer u. Hachenberg S. 437. A. M. Cosack § 269 I. — Die durch H.G.B. Art. 304 dem Landesrecht erteilte allgemeine Ermächtigung, noch andere vollkommene Orderpapiere zu schaffen (Beispiele b. Goldschmidt, Z. f. H.R. IX 65 Anm. 3, Randa S. 357), ist weggefallen; doch kann nach E.G. zum H.G.B. Art. 16 das Landesrecht neben Lagerscheinen an Order auch Lagerpfandscheine an Order zulassen und nach Art. 17 das Recht der Orderschecks (die nach der jetzigen Fassung des § 363 stets kaufmännische Anweisungen und daher schon nach Reichsrecht zulässig sind) näher regeln.

[14] Die Anhänger der Kreationstheorie führen sie auch für das Orderpapier durch; Cosack, H.R. § 50, B.R. II § 269 II, Crome, B.R. II § 314 Z. 4, u. A. halten sie auch gegenüber dem neuen Recht aufrecht; anders Lehmann b. Stobbe IV 186. — Die analoge Anwendung von B.G.B. § 794 ist ausgeschlossen. A. M. Jacobi S. 187 ff.

[15] R.Ger. IX Nr. 7.

Digitized by Google

und Zahlung seitens des Bezogenen oder Angewiesenen), so wird er, wenn diese Leistung nicht erfolgt, jedem Dritten, der Order hat, unmittelbar regreſspflichtig[16]. Ebenso haftet, wer einen gezogenen Wechsel oder eine Orderanweisung papiergemäſs akzeptiert, aus seinem Akzept unmittelbar zugleich jedem Dritten, der Order hat[17].

V. Recht am Papier. Über Besitz, Eigentum und begrenzte dingliche Rechte am Orderpapier entscheiden die Grundsätze des Fahrnisrechts. Doch ist der Erwerb von Eigentum und begrenztem dinglichen Recht an Wechseln und anderen vollkommenen Orderpapieren, sowie nach dem neuen Handelsgesetzbuch auch an indossablen Aktien und Interimsscheinen, dadurch erleichtert, daſs der durch Indossament gehörig legitimierte Besitzer das Papier nur herauszugeben braucht, wenn er es in bösem Glauben erworben oder sich bei dessen Erwerb einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht hat[18]. Der in diesen Grenzen redliche Indossatar also erwirbt vom legitimierten Vorbesitzer, auch wenn dieser nicht Eigentümer oder sonst zur Verfügung berechtigt war, stets das Eigentum oder das ihm sonst zugedachte Recht am Papier, mag dieses auch gestohlen oder verloren sein. Im übrigen gelten für Orderpapiere die allgemeinen Regeln über den Erwerb von Eigentum und begrenzten dinglichen Rechten an beweglichen Sachen mit den durch den notwendigen Zusammenhang zwischen dem Recht am Papier und dem Recht aus dem Papier begründeten Abweichungen[19].

---

[16] Vgl. oben § 109 Anm. 5; Schweiz. O.R. Art. 835 u. 841. Ist aber der Aussteller nicht aus papiergemäſsem Versprechen, sondern aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis dem Anweisungsempfänger regreſspflichtig, so haftet er dem Indossatar als sochem nicht; R.O.H.G. XIII 314 ff., Brunner S. 195.

[17] Oben § 109 Anm. 6; Schweiz. O.R. Art. 841.

[18] W.O. Art. 74 mit Art. 36; H.G.B. § 365 Abs. 1, § 222 Abs. 3; Brunner S. 191, Randa S. 365 ff., Jacobi S. 41. — In bezug auf Aktien enthielt das H.G.B. Art. 182 die Verweisung auf W.O. Art. 36 u. 74 nicht; über die Folgen vgl. H. Behrend a. a. O. S. 39 ff.

[19] Somit ist die Eigentumsverfolgung gegen den nicht durch Indossament legitimierten Besitzer zwar nicht besonders erschwert (Seuff. XXXVI Nr. 73), wohl aber gleichen Beschränkungen, wie bei anderen beweglichen Sachen, unterworfen (vgl. R.Ger. XXXIII Nr. 31 S. 148 über die Anwendbarkeit der preuſsischrechtlichen Bestimmungen über den Lösungsanspruch des redlichen Besitzers). Bei den unvollkommenen Orderpapieren fiel bisher überhaupt und fällt noch, soweit sie nicht Aktien oder Interimsscheine sind, die Begünstigung des Erwerbs durch Indossament weg (R.Ger. XXII Nr. 36 für Reichsbankanteilscheine); doch gelten auch für sie die allgemeinen Beschränkungen der Fahrnisklage mit der oben § 110 Anm. 20 besprochenen Maſsgabe; a. M. Brunner S. 191 ff.

Digitized by Google

VI. Recht aus dem Papier. Das Recht aus dem Orderpapier steht dessen Eigentümer, Niefsbrauch oder Pfandrecht am Recht aus dem Papier dem am Papier Niefsbrauch- oder Pfandberechtigten zu. Eigentum aber und sonstiges Recht am Papier kann nur haben, wer im Papier als Berechtigter genannt ist oder sein Recht von ihm auf Grund eines vom Papier unabhängigen Nachfolgeverhältnisses oder papiergemäfs erteilter Order herleitet.

VII. Übertragung. Demgemäfs mufs die Übertragung sich gleichzeitig auf das Papier und das in ihm verkörperte Recht richten: sie fordert die Übergabe der Urkunde und eine zur Rechtsübertragung geeignete Handlung.

Die Rechtsübertragung kann hier wie beim Rektapapier auf dem durch das bürgerliche Recht vorgesehenen Wege erfolgen. Das Orderpapier kann also durch Übergabe in Verbindung mit einer Zession der verbrieften Forderung oder entsprechender Abtretung der verbrieften Mitgliedschaft übereignet werden[20]. Ebenso ist es möglich, durch Übergabe der Urkunde unter Einigung über Bestellung eines Rechtsniefsbrauches oder eines Rechtspfandrechtes das Orderpapier mit einem Niefsbrauch zu belasten oder zu verpfänden[21]. In allen solchen Fällen hat die Übertragung des Orderpapiers keine anderen Wirkungen, als die eines Rektapapiers[22].

Allein das Orderpapier zeichnet für die Rechtsübertragung den besonderen Weg papiergemäfser Ordererteilung vor. Sie erfolgt durch einen nach Form und Wirkung eigentümlichen Skripturakt, der als Indossament (oder Giro) bezeichnet wird[23].

Das Indossament wird durch gehörige Niederschrift einer

---

[20] Vgl. Thöl, W.R. § 109; Canstein, W.R. S. 210; Goldschmidt, Z. f. H.R. XXXIX 433 (anders ebenda VIII 337); Lehmann, W.R. S. 479; Randa S. 357; Grünhut, W.R. II 150 ff.

[21] Die Vorschrift des B.G.B. § 1292 über die Verpfändung durch Übergabe des indossierten Papiers hält durch das Wort „genügt" die Verpfändung auf gewöhnlichem Wege offen (a. M. Dernburg, B.R. III § 281). Der in § 1280 geforderten Anzeige bedarf es nicht (Biermann zu § 1292 Bem. 3). — Das Orderpapier kann natürlich auch zu Leihbesitz (vgl. R.Ger. XXXVI Nr. 39 über Verleihung zur Verpfändung), Verwahrungsbesitz usw. weggegeben werden.

[22] Die oben Anm. 18 erwähnte Erleichterung des Erwerbes des Rechts am Papier tritt nicht ein. Der Erwerber erlangt das Recht aus dem Papier nur so, wie es dem Vormanne zustand, und mufs auch bei skripturrechtlichen Orderpapieren sich Einwendungen aus dessen Person entgegensetzen lassen. Er entbehrt der papiermäfsigen Legitimation.

[23] W.O. Art. 9 Abs. 1; H.G.B. § 363, § 222 Abs. 3.

Digitized by Google

Erklärung (in Form abgekürzter Ordererteilung) auf dem Papier selbst (oder einer Anlage) und durch Geben und Nehmen der indossierten Urkunde vollzogen[24]. Seine Wirkung besteht in dem gleichzeitigen Übergange des Rechtes am Papier und der Rechte aus dem Papier[25]. Bei den skripturrechtlichen Orderpapieren erwirbt der redliche Indossatar das vom Aussteller verbriefte Recht unabhängig davon, ob und wie es dem Indossanten zustand, so, wie es ihm der Wortlaut des Papiers verbürgt[26]. Bei den nicht skripturrechtlichen Orderpapieren kann er das Recht nur so erwerben, wie es dem Vormanne zustand[27]. Durch das Indossament wird zugleich das Recht weiterer Indossierung übertragen[28]. In dem Indossament eines Wechsels ist überdies ein Garantieversprechen für die Leistung des Wechselschuldners enthalten; doch kann die Übernahme der Garantie durch einen dies ausdrückenden Zusatz

---

[24] Für die Form der Erklärung gilt W.O. Art. 11. — Der Streit zwischen Vertragstheorie und Kreationstheorie wiederholt sich auch hier; vgl. Lehmann, W.R. S. 143 ff., 211 ff. Die Anhänger der Kreationstheorie sehen im Indossament ein einseitiges nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Allein mit der gehörigen Niederschrift des Indossaments ist der Übertragungswille zwar verkörpert, aber noch nicht in die Aufsenwelt entlassen. Hierzu bedarf es vielmehr einer Weggabe des indossierten Papiers durch eine gültige rechtsgeschäftliche Handlung. Und der Erwerb des Rechts am Papier kommt erst durch dessen rechtswirksame Hinnahme seitens des durch das Indossament Berufenen zustande. Doch begründet auch hier der Besitz eine Vermutung für erfolgte Übergabe. Auch bedarf es nicht der Übergabe von Hand zu Hand, um den Begebungsvertrag zustande zu bringen. Die Praxis ist darüber einig, dafs es nicht genügt, wenn der Indossatar auf anderem Wege als durch gültige Begebung in den Besitz des indossierten Papiers gelangt ist; R.Ger. V Nr. 20, XXXV Nr. 16, O.L.G. Wien b. Seuff. XXXVII Nr. 142, O.L.G. Rostock ib. LII Nr. 103.

[25] W.O. Art. 10, H.G.B. § 364 Abs. 1, § 222 Abs. 3.

[26] W.O. Art. 82, H.G.B. § 364 Abs. 2; Schweiz. O.R. Art. 811 u. 843 Abs. 2; oben § 109 V.

[27] R.Ger. XXII Nr. 31; Brunner S. 191. Hier unterscheidet sich das Indossament von der gewöhnlichen Rechtsübertragung nur durch seine Legitimationswirkungen (bei Aktien und Interimsscheinen überdies durch die Erleichterung des Rechtserwerbes, oben Anm. 18).

[28] W.O. Art. 10; H.G.B. § 364 Abs. 1; Brunner S. 192 ff. Beim Wechsel kann diese Wirkung auch durch eine entgegenstehende Klausel („nicht an Order") nicht ausgeschlossen werden; das „Rektaindossament" macht spätere Indossamente nicht unwirksam, sondern enthebt nur den, der sie verboten hat, der Verantwortlichkeit aus ihrer Vornahme; W.O. Art. 15. Bei den übrigen Orderpapieren mufs die Möglichkeit der Abschneidung fernerer Indossamente durch die Rektaklausel anerkannt werden; Brunner S. 193.

Digitized by Google

abgelehnt werden[29]. Bei den übrigen Orderpapieren birgt das Indossament als solches kein Versprechen[30].

Das Indossament kann in blanko ausgestellt werden; hierzu genügt es, wenn der Indossant seinen Namen auf die Rückseite der Urkunde schreibt[31]. Das Blankoindossament ist ein Indossament an den Inhaber oder dessen Order. Es macht das Orderpapier keineswegs zum Inhaberpapier[32]. Vielmehr bezeichnet es nur den jeweiligen Inhaber als Indossatar[33]. Mithin sind auf das in blanko indossierte Orderpapier die für Inhaberpapiere geltenden besonderen Rechtssätze nicht anwendbar[34], soweit nicht im Gesetz ausdrücklich das Gegenteil bestimmt ist[35]. Doch vermag das in blanko indossierte Orderpapier bis auf weiteres wie ein Inhaberpapier umzulaufen. Der Inhaber eines ihm begebenen Orderpapiers, das mit einem Blankoindossament schliefst, kann das Recht nicht nur ausüben, sondern auch übertragen, sei es nun, dafs er das Papier einfach einem andern Inhaber begibt, sei es, dafs er es anderweit in blanko oder auf Namen indossiert. Er kann aber auch jederzeit das Blanko-

[29] W.O. Art. 14. Doch bleibt der Aussteller eines Wechsels an eigene Order, der ihn „ohne Obligo" indossiert, als Aussteller regrefspflichtig, da die Haftung des Ausstellers nicht ausgeschlossen werden kann; R.O.H.G. I 97 ff., XXI 273, R.Ger. XVIII Nr. 19.

[30] R.O.H.G. XIII 316; Brunner S. 145; H. Behrend a. a. O. S. 22 ff.; v. Hahn zu H.G.B. Art. 303 § 4; Staub zu H.G.B § 365 Anm. 13. — Nach Schweiz. O.R. macht auch das Indossament von Schecks und wechselähnlichen Papieren regrefspflichtig; Art. 835, 836, 839, 840.

[31] W.O. Art. 12—13; H.G.B. § 365 Abs. 1, § 222 Abs. 3.

[32] Kuntze, Inhaberp. S. 446 ff., b. Endemann II 2 S. 164; Goldschmidt, Z. f. H.R. IX 64 ff.; Pappenheim, Inhaberp. S. 71 ff.; Brunner S. 193 ff.; Randa S. 356; H. Behrend a. a. O. S. 58 ff.; Grünhut, W.R. II 100. — A. M. Thöl, W.R. § 127, Poschinger a. a. O. S. 72 und die dort. Anm. 25 u. b. Pappenheim S. 72 Anm. 209 angef. Schriftsteller u. Entscheidungen.

[33] Der Inhaber ist daher nicht legitimiert, wenn die Kette der Indossamente unterbrochen ist. Auch mufs er sich den Einwand entgegensetzen lassen, dafs ihm das Papier nicht oder nicht wirksam begeben sei; Seuff. XXXVII Nr. 142 u. 240, Staub zu W.O. Art. 9 § 3; a. M. Cosack, B.R. II § 270 I 2.

[34] Daher auch nicht die Regeln über Eigentumserwerb an Inhaberpapieren. Doch verschafft die einfache Übergabe des in blanko indossierten Papiers (Blankotradition) in Verbindung mit der Einigung über den Eigentumsübergang dem gutgläubigen Erwerber gemäfs W.O. Art. 74 mit Art. 36 an den in Anm. 18 angeführten Orderpapieren in gleicher Weise das Eigentum, wie das regelrechte Indossament.

[35] Eine ausdrückliche Gleichstellung der Blankopapiere mit den Inhaberpapieren findet sich in B.G.B. § 234, 1081—1084, 1362, 1392, 1550, 1646, 1814, 2116, C.Pr.O. § 1004.

Digitized by Google

indossament durch Einfügung seines eigenen oder eines fremden Namens ausfüllen. Ein reines Inhaberindossament, das die Ausfüllung abschnitte, ist unzulässig.

Das Indossament dient vor allem der Übereignung des Orderpapiers. Die Übereignung erfolgt durch Einigung über den Eigentumsübergang und Vollindossament. Jedes Indossament ohne beschränkenden Zusatz gibt sich als Vollindossament. Es begründet daher eine Vermutung dafür, dafs die Einigung über den Eigentumsübergang stattgefunden hat, und legitimiert den Indossatar als Eigentümer[86].

Durch Indossament kann aber auch ein Niefsbrauch oder Pfandrecht am Orderpapier bestellt werden[87]. Soll die Beschränkung des übertragenen Rechts papiergemäfs wirksam werden, so mufs das Indossament sich durch einen Zusatz als Niefsbrauchs- oder Verpfändungsindossament bezeichnen[88]. Ebenso kann das Indossament zur Erteilung einer blofsen Vollmacht benutzt werden. Für Wechsel ist das Vollmachtsindossament, das sich durch einen Zusatz („zur Einkassierung", „in Prokura" oder ähnlich) als solches kennzeichnet, gesetzlich geregelt und die von ihm gewährte papiergemäfse Vollmacht inhaltlich fest bestimmt[89].

Sehr häufig wird die Form des Vollindossaments für blofse Pfandbestellung oder blofse Vollmachtserteilung verwendet. Hiermit wird unter allen Umständen dem Indossatar eine Ver-

[86] W.O. Art. 36; H.G.B. § 365 Abs. 1, § 222 Abs. 3. Ist das letzte Indossament ein Blankoindossament, so gilt dies für jeden Inhaber.

[87] Für die Verpfändung ist dies in B.G.B. § 1292 ausdrücklich bestimmt; vgl. auch altes H.G.B. Art. 309, Schweiz. O.R. Art. 214. Der Übergabe des durch den Verpfänder auf den Namen des Pfandgläubigers oder in blanko indossierten Papiers steht auch hier die Blankotradition gleich.

[88] Ein solcher Zusatz ist nicht üblich. Er ist aber zulässig; vgl. Goldschmidt, H.R. II, 2 S. 894 Anm. 43, v. Canstein, W.R. S. 225, Staub zu H.G.B. § 668 Anm. 10, Jacobi S. 60 ff., Kober zu B.G.B. § 1292 Bem. 2d. A. M. Laband, Z. f. H.R. IX 245 ff., K. Lehmann, Recht der A.G. II 62 Anm. 4.

[89] W.O. Art. 17. Das Prokuraindossament ermächtigt, die Wechselforderung einzuziehen, Protest zu erheben und zu notifizieren, sowie die Wechselklage anzustellen und die hinterlegte Wechselsumme einzuziehen. Aufserdem gewährt es die Berechtigung, diese Befugnis durch weiteres Prokuraindossament zu übertragen. Dagegen überträgt es weder das Eigentum, noch die Macht, durch eigentliches Indossament über den Wechsel zu verfügen. Der Wechselschuldner hat gegen den Prokuraindossatar alle Einwendungen aus der Person des Prokuraindossanten; R.O.H.G. XXII 176. — Bei anderen Orderpapieren ist ein Vollmachtsindossament gleichfalls zulässig, aber nicht formell geregelt; vgl. Staub zu H.G.B. § 365 Anm. 14; R.Ger. XLI 118.

Digitized by Google

fügungsmacht anvertraut, die weiter reicht, als das ihm zugedachte Verfügungsrecht. Denn der Indossant gibt gewolltermaſsen die Legitimation als Eigentümer auf und legt sie in die Hand des Indossatars, der das Recht aus dem Papier in eignem Namen geltend machen soll und hierbei auch solche Eigentumsbefugnisse, die er nicht ausüben darf, ausüben kann. Er befindet sich also in der Stellung eines Treuhänders. Es ist möglich, daſs der Übergang des Eigentums selbst gewollt und nur dessen beschränkter Gebrauch vereinbart ist; dann erwirbt der Indossatar ein fiduziarisches Eigentum. Keineswegs aber tritt der Eigentumsübergang unabhängig von einer darauf gerichteten Einigung mit Notwendigkeit ein[40]. Vielmehr kann, wenn nur ein Verpfändungsvertrag geschlossen ist, auch nur Pfandrecht entstehen, während der Überschuſs an dinglichem Recht, den das Eigentum enthält, nur zur Ausübung in die getreue Hand gelegt ist[41]. Ebenso bleibt, wenn bloſse Vollmacht gewollt ist, das Eigentum beim Indossanten zurück, während der Indossatar überhaupt kein dingliches Recht, sondern nur ein eignes Recht auf Eigentumsausübung zu getreuer Hand empfängt[42]. In jedem Falle aber hat die Beschränkung des dem Indossatar zu getreuer Hand übertragenen Rechts dingliche

[40] So Laband, Z. f. H.R. IX 245 ff.; Regelsberger, Arch. f. c. Pr. LXIII 170, 181 ff.; Kohler, Jahrb. f. D. XVI 149 ff., 346 ff.; Goldschmidt, Z. f. H.R. XXVIII 81, XXXIX 433; Werthauer, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XIII 586 ff.; de Jonge, ebenda XV 563 ff.; Lehmann, W.R. S. 485 ff. u. 532 Anm. 16; Dernburg, B.R. II § 264 Z. 3 u. § 276 Z. III 2 f.; Grünhut, W.R. II § 89; R.O.H.G. VI 44 ff., R.Ger. XXVII Nr. 29.

[41] Dies ist namentlich dem neuen bürgerlichen Recht gegenüber kaum zu bezweifeln. Vgl. Cosack, B.R. (1. Aufl.) § 262 IV; Planck zu § 1292 B.G.B. Bem. 4; Biermann, 2. Aufl., Bem. 2 (anders 1. Aufl.); Kober, 2. Aufl., Bem. 2; Staub zu H.G.B. § 368 Anm. 67; Düringer-Hachenburg S. 488; A. Schultze, Jahrb. f. D. XLIII 53 ff.; Jacobi a. a. O. S. 55 ff.; Pappenheim, Krit. V. Schr. XLIV 363 ff. — Doch halten Dernburg, B.R. III § 281, Endemann II § 145 Anm. 2, Neumann zu § 1292 Bem. 1 daran fest, daſs der Pfandgläubiger Eigentümer werde.

[42] Brunner S. 162 (nur formelle Gläubigerschaft); Staub zu W.O. Art. 17 § 5 ff.; Affolter, Z. f. H.R. XXXIX 396 ff.; Fuſs, Die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken, Kiel 1899, S. 122 ff.; Skonietzki b. Gruchot XXIX 231; Jacobi S. 45 ff.; J. Gunz, Das Vollgiro zu Inkassozwecken, Berlin 1903, bes. S. 203 ff.; Seuff. XLIX Nr. 113. — Ähnlich, aber mit der unrichtigen Unterstellung einer Simulation, Canstein, W.R. S. 112, 226, 410 ff. — Dagegen nehmen nicht nur alle in Anm. 40 genannten Schriftsteller (Manche, wie Regelsberger S. 183 u. Grünhut II 148, mit Ausnahme des Falles der Simulation), sondern auch A. Schultze a. a. O. S. 55 ff. u. Pappenheim a. a. O. S. 369 Eigentumsübergang an. Vgl. aber unten Anm. 43.

Digitized by Google

Kraft[43]. Dies gilt zugunsten des Indossanten, der daher, wenn das Recht des Indossatars erloschen ist, gegen ihn und jeden unredlichen Erwerber die Eigentumsklage auf Herausgabe des Papiers anstellen kann[44] und im Konkurse des Indossatars ein Aussonderungsrecht hat[45]. Es gilt aber ebenso zugunsten des aus dem Papier Verpflichteten, der somit, wenn er das wahre Verhältnis aufdeckt, sich dem Indossatar gegenüber der demgemäfs zulässigen Einwendungen aus der Person des Indossanten bedienen kann[46]. Da-

---

[43] Dafs dies im Wesen der deutschrechtlichen treuen Hand liegt, hat A. Schultze a. a. O. S. 1 ff. bewiesen. Ihm ist daher auch darin beizustimmen, dafs wenn Übergang eines durch Erlöschen oder Mifsbrauch der anvertrauten Macht auflösend bedingten Eigentums vereinbart ist, diese Eigentumsbeschränkung dinglich wirkt. Ebenso Pappenheim a. a. O. Nur ist die Annahme Beider, dafs beim Vollindossament zu Inkassozwecken stets eine derartig bedingte Übereignung gewollt sei, willkürlich. Dagegen erkennen die Anhänger der herrschenden Lehre (oben Anm. 40) bei ihrem fiduziarischen Eigentum nur eine obligationenrechtliche Gebundenheit an. — Wird dem Indossatar nur Pfandrecht oder Vollmacht zugeschrieben, so versteht sich die dingliche Kraft des dem Indossanten verbliebenen Eigentums von selbst; auch hier aber äufsert sich die dingliche Wirksamkeit der Gebundenheit des Treuhänders in Ansehung des ihm übertragenen Rechts auf Eigentumsausübung.

[44] So im Falle der auflösend bedingten Übereignung bei Eintritt der Bedingung, im Falle der blofsen Verpfändung bei Erledigung der Schuld, im Falle blofser Vollmachterteilung jederzeit auf Grund Widerrufs der Vollmacht. Dagegen gibt ihm die herrschende Lehre nur eine Kondiktion.

[45] A. Schultze a. a. O. S. 56, Jacobi S. 55, Kober zu § 1292 Bem. 2. Das Aussonderungsrecht gewähren ihm auch manche Anhänger der herrschenden Lehre mittels einer vindicatio utilis; so Kohler, Lehrb. d. Konkursr. S. 179, Jäger zu Konk.O. § 73 Anm. 17 ff., de Jonge a. a. O. S. 563 ff. Dagegen Grünhut, W.R. II 144 Anm. 5, Werthauer a. a. O. S. 658, Seuffert, Konkursprozefsr. § 16 Anm. 10.

[46] Staub zu W.O. Art. 17 § 8; Jacobi a. a. O. S. 52; A. Schultze a. a. O.S. 58. A. M. Werthauer a. a. O. S. 616, 665, der nicht einmal eine exceptio doli zuläfst. Nur in engen Grenzen gestattete das Preufs. O.Trib. (vgl. Fufs a. a. O. S. 43 ff.) und das R.O.H.G. I Nr. 49, V Nr. 8, VI Nr. 10, XI 111 die Einrede der Arglist. Dagegen läfst das Reichsgericht auf dem Umwege der exceptio doli auch solche Einwendungen aus der Person des Indossanten zu, von denen der Indossatar erst im Prozefs erfährt; IV Nr. 27, XI Nr. 2, XXIII Nr. 23, Seuff. XLV Nr. 119. Ebenso Kohler, Jahrb. f. D. XVI 91 ff., 325 ff., Grünhut II 146 ff., Dernburg II § 264 Z. 3. — Hiernach kann auch nach rechtskräftiger Abweisung des in Wahrheit nur kraft Vollmacht klagenden Indossatars der Schuldner eine neue Klage des Indossanten, der den Wechsel zurückerlangt hat, zurückschlagen; R.Ger. XXXVI Nr. 14, Jacobi S. 54; anders R.O.H.G. I Nr. 79, VII Nr. 19. — Unzulässig ist natürlich gegenüber der Legitimation des Indossatars durch das Papier der Einwand des Schuldners, das dem Indossatar in Wahrheit nur eingeräumte Pfandrecht sei erloschen (K.Ger. b. Seuff. LIX Nr. 14) oder die ihm erteilte Vollmacht sei widerrufen.

Digitized by Google

gegen kann dem Verpflichteten gegenüber sich weder der Indossant noch der Indossatar auf die Nichtübereinstimmung der durch das Vollindossament hergestellten papiergemäfsen Legitimation mit dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis berufen, da sie ja gewollt und erklärt haben, dafs der Indossatar und nur er befugt sein soll, das Recht aus dem Papier wie ein Eigentümer geltend zu machen[47].

Die Pfändung von Orderpapieren erfolgt durch Besitznahme seitens des Gerichtsvollziehers; sie begründet ein Pfandrecht am Papier und am Recht aus dem Papier[48]. Die Verwertung des Pfändungspfandrechts bestimmt sich bei Forderungspapieren nach den Regeln über die Zwangsvollstreckung in Forderungen[49], bei Mitgliedschaftspapieren nach den Regeln über die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen[50].

VIII. Ausübung. Die Ausübung des Rechts aus dem Orderpapier ist durch den Besitz des Papiers bedingt. Der Besitzer mufs aber entweder durch das Papier selbst als Berechtigter legitimiert werden oder sich als Rechtsnachfolger oder Vollmachtträger des so legitimierten Berechtigten ausweisen.

Die Legitimation durch das Papier wird, sobald das Papier indossiert ist, durch jedes formgerechte Indossament hergestellt, das durch eine zusammenhängende Kette von Indossamenten auf die Order des im Papier genannten Berechtigten zurückführt[51].

---

[47] Der Indossant seinerseits kann das Recht nicht geltend machen; R.O.H.G. X 156 ff. Der Indossatar mufs sich alle Einwendungen aus seiner eigenen Person entgegensetzen lassen; R.Ger. XXVII Nr. 29, Fufs a. a. O. S. 133, Grünhut II 146, Pappenheim a. a. O. S. 368. — A. M. Jacobi S. 52, der übersieht, dafs Indossant und Indossatar die gewollte Verschiebung der Eigentümerlegitimation, so lange ihre papiergemäfse Kundgebung besteht, auch gegen sich gelten lassen müssen.

[48] C.Pr.O. § 831; Brunner S. 192. Auch die Pfändung eines Wechsels mit Blankoindossament macht den Gläubiger noch nicht zum Wechselgläubiger, Seuff. XXXVII Nr. 142.

[49] Also C.Pr.O. § 835 ff., bei Warenpapieren an Order § 846. Auch für ein Blankopapier gilt keine Ausnahme; R.Ger. XXXV Nr. 16.

[50] Gemäfs C.Pr.O. § 821; die im § 822 vorgesehene Ermächtigung des Gerichtsschreibers kann auf Indossierung an den Gläubiger lauten.

[51] W.O. Art. 36; H.G.B. § 365 Abs. 1, § 222 Abs. 3. Das erste Indossament mufs mit dem Namen des genannten Berechtigten unterzeichnet sein (vgl. R.Ger. XLVII 126: ein voraufgehendes Blankoindossament zerstört die Legitimation). Jedes folgende Indossament mufs mit dem Namen des voraufgehenden Indossatars unterzeichnet sein; R.O.H.G. XXI 230. Unausgefüllte Blankoindossamente unterbrechen die Kette nicht; durchstrichene Indossamente gelten als nicht geschrieben (ein bis auf den Namen durchstrichenes Indossament ist kein Blankoindossament, R.Ger. XLI Nr. 107). Legitimiert ist nur

Digitized by Google

Dafs das Indossament durch die Begebung vollzogen sei, wird zugunsten des Papierbesitzers vermutet[52]. Die Legitimation durch das Papier bewirkt, dafs Jeder, der dem Papier gemäfs zu leisten hat, vollwirksam an den als berechtigt legitimierten Papierbesitzer leisten kann; die Echtheit der Indossamente braucht er nicht zu prüfen[53]. Dagegen fällt die Verpflichtung zur Leistung an den legitimierten Papierbesitzer weg, wenn ihm nachgewiesen wird, dafs er in Wahrheit zur Geltendmachung des Rechtes aus dem Papier nicht berechtigt ist[54]. Darüber hinaus wirkt die Legitimation durch Indossament zugunsten jedes Dritten, der im Verkehr ihr ohne grobe Fahrlässigkeit traut[55]. Immer aber tritt die Legitimation durch das Papier nur in dem Umfange ein, der dem Wortlaut des sie vermittelnden Indossaments entspricht[56].

---

der letzte Indossatar (daher bei einem nicht durchstrichenen Vollmachtsindossament auch nicht der aus dem Papier ersichtliche Wechselgläubiger, Seuff. LV Nr. 225), wenn aber das letzte Indossament ein Blankoindossament ist, jeder Inhaber. — Eine Lücke in der Kette (z. B. infolge Weiterindossierung durch den Erben eines Indossatars) kann durch Nachweis des nicht beurkundeten Zusammenhanges ausgefüllt werden; R.Ger. b. Seuff. XLVIII Nr. 106.

[52] R.Ger. b. Seuff. XXXVI Nr. 72. Diese Vermutung ermöglicht auch dem Wechselinhaber, der den Wechsel selbst in blanko indossiert hat, ohne Durchstreichung seines Indossaments zu klagen, da ihm ja der Wechsel zurückbegeben sein kann; R.Ger. a. a. O., O.L.G. Celle ebenda XLI Nr. 49.

[53] W.O. Art. 36; H.G.B. § 365 Abs. 1; ebenso H.G.B. § 223 Abs. 2 für Aktien und Interimsscheine, bei denen die Gesellschaft auch die Echtheit sonstiger Abtretungserklärungen nicht zu prüfen braucht. Die Prüfung der Personenidentität ist damit nicht erlassen. — Wenn jedoch der Leistende weifs, dafs der legitimierte Papierbesitzer das Recht aus dem Papier unbefugt ausübt, wird er durch die Leistung an ihn nicht befreit. Denn er handelt wider Treu und Glauben. Vgl. unten § 112 Anm. 93—94. Doch genügt hierzu keineswegs, dafs er die Unechtheit oder Ungültigkeit eines Indossamentes kennt, da ja, wenn dieses ein Zwischenindossament ist, der Besitzer gleichwohl Eigentümer sein kann (oben Anm. 18 u. 34).

[54] Diesen Nachweis darf der Verpflichtete stets erbringen.

[55] Oben Anm. 18 u. 34. Bei Reichsbankanteilen fällt diese Wirkung weg; oben Anm. 19.

[56] Nur das Indossament ohne beschränkenden Zusatz verschafft die Legitimation als Eigentümer, das Indossament, das sich als Pfand- oder Vollmachtsindossament kennzeichnet, nur die Legitimation als Pfandgläubiger oder Vollmachtträger. Folgt daher auf ein Prokuraindossament ein Vollindossament, so ist der Besitzer nicht legitimiert. Auch wird der Wechselschuldner nicht befreit und erlangt nicht das Eigentum an dem ihm ausgehändigten Wechsel, wenn z. B. der Prokuraindossatar ihm die Zahlung ganz oder teilweise erlassen oder eine Sache an Zahlungsstatt angenommen hat.

Digitized by Google

Bei indossablen Mitgliedschaftspapieren (Aktien, Interimsscheinen und Reichsbankanteilscheinen) erstreckt sich der Verbandsperson gegenüber die durch das Indossament begründete Legitimation nur auf die Beschaffung der Legitimation als Mitglied durch Eintragung in das hierfür bestimmte Buch (Aktienbuch, Stammbuch)[57].

IX. Beendigung. Die Orderpapiere können, wenn sie abhanden gekommen oder vernichtet sind, regelmäfsig im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden[58]. Den Antrag hierauf kann, wenn das Papier mit einem Blankoindossamente versehen ist, der bisherige Inhaber, sonst derjenige stellen, der das Recht aus der Urkunde im Falle ihrer Vorzeigung geltend machen könnte[59]. Erfolgt die Kraftloserklärung, so kann derjenige, der das Ausschlufsurteil erwirkt hat, das Recht aus dem Papier gegen jeden aus dem Papier Verpflichteten geltend machen[60]. Bei Mitgliedschaftspapieren kann er auch die Ausstellung einer neuen Urkunde verlangen.

§ 112. Inhaberpapiere[1].

I. Begriff. Inhaberpapier ist ein Wertpapier, das die Geltendmachung des verbrieften Rechtes jedem Inhaber der Urkunde zusichert. Gewöhnlich wird die Eigenschaft als Inhaberpapier durch eine ausdrückliche Klausel begründet, die den Inhaber oder

---

[57] Im übrigen gilt Gleiches, wie bei nicht indossablen Aktien; oben § 110 VII 1 S. 138.

[58] W.O. Art. 73, H.G.B. § 365 Abs. 2, § 228, Bankstat. § 8. Die Wegbedingung der Kraftloserklärung ist nur bei Aktien vorgesehen.

[59] C.Pr.O. § 1004. Die Kraftloserklärung eines Wechsels kann jedoch nach W.O. Art. 73 nur beantragen, wer als Eigentümer legitimiert wäre.

[60] C.Pr.O § 1018. Schon nach Einleitung des Verfahrens hat der Wechselgläubiger gegen den Akzeptanten des gezogenen oder Aussteller des eignen Wechsels das oben § 110 Anm. 52 erwähnte Recht, der aus einem handelsrechtlichen vollkommenen Orderpapier Berechtigte aber das Recht, gegen Sicherheitsbestellung Leistung nach Mafsgabe der Urkunde vom Schuldner zu verlangen (H.G.B. § 365 Abs. 2 S. 2). — Eine Übertragung des Rechts aus dem für kraftlos erklärten Orderpapier durch Indossament ist natürlich ausgeschlossen.

[1] Vgl. die oben § 108 Anm. 1 angef. Schriften über Inhaberpapiere von Kuntze, Unger, Renaud, Binding, Pappenheim, Wttewaall, Bruschettini. Ferner: Savigny, O.R. II 93 ff. v. Gröning, Arch. f. c. Pr. XLIV 363 ff., XLV 66 ff. Brunner, Wertp. S. 196 ff. Fellner, Die rechtl. Natur der Inhaberpapiere, 1888. Jacobi, Wertp. S. 355 ff. Lehrb. des D. Pr.R. v. Eichhorn § 191; Mittermaier II § 274; Maurenbrecher II

Digitized by Google

auch den Überbringer (porteur, portatore), Vorzeiger, Einlieferer, Besitzer usw. der Urkunde als berechtigt bezeichnet. Doch kann die Inhaberklausel auch durch eine andere Fassung der Urkunde ersetzt werden[2]. Insbesondere erhellt unter Umständen der Wille, ein Inhaberpapier zu schaffen, schon aus dem Mangel der Bezeichnung einer bestimmten berechtigten Person. Auch gibt es Inhaberpapiere in Quittungsform[3].

II. Geschichte[4]. Inhaberpapiere begegnen seit dem neunten Jahrhundert in Gebieten des langobardischen Rechts[5]. In Frankreich, Flandern und Deutschland haben sie seit dem dreizehnten Jahrhundert gröfsere Verbreitung erlangt. Das mittelalterliche Inhaberpapier tritt hauptsächlich in zwei Formen auf, indem es entweder mit der alternativen Inhaberklausel eine genannte Person oder den Inhaber als berechtigt bezeichnet oder die reine Inhaberklausel trägt. Nicht blofs Forderungsrechte aus Verträgen, sondern Rechte mannigfacher Art, wie selbst Wergeldansprüche, Erbrechte und Mundialrechte, wurden dem Inhaber verschrieben. In Deutschland wurden neben Schuldverschreibungen namentlich Rentenbriefe, Anweisungen und Vollmachtsurkunden auf den Inhaber gestellt.

Im Mittelalter verlieh das Inhaberpapier dem jeweiligen Inhaber unbestritten das Recht, in eigenem Namen und ohne Nachweis der Erwerbsart das Recht aus dem Papier gerichtlich und aufsergerichtlich geltend zu machen. Der Unterschied der Papiere mit alternativer und reiner Inhaberklausel bestand nur darin, dafs bei

---

§ 377 ff.; Phillips I § 73; Walter § 257 ff.; Beseler § 127 ff.; Gerber § 160, Gerber-Cosack § 236 ff.; Stobbe III § 179 ff., Stobbe-Lehmann § 254 ff.; Franken § 68. — Lehrb. des H.R. v. Thöl § 222 ff.; Endemann § 86; Gareis § 79. — Windscheid, Pand. § 291 Anm. 2, § 304 Anm. 11—12. — Dernburg, Preufs. Pr.R. II § 88 ff. — Lehrb. des bürg. R. v. Endemann I § 196; Cosack II § 254 ff.; Enneccerus § 337 ff.; Crome II § 310 ff.; Dernburg II § 146 ff.; Komm. zu B.G.B. § 793 ff. (Planck, Oertmann, Mayring u. A.).

[2] R.O.H.G. XXII Nr. 11; R.Ger. XIII Nr. 36, XIV Nr. 24, XVIII Nr. 24.

[3] Wie die preufsischen Zinsquittungsscheine zu Grundschuldbriefen nach Ges. v. 5. Mai 1872 § 39 Abs. 2. Auch die weifsen Schecks der Reichsbank, Brunner S. 198.

[4] Vgl. die oben § 108 Anm. 1 a. E. angef. Schriften; dazu Brunner S. 196 ff., Stobbe § 179, b. Lehmann § 254, Gengler S. 457 ff., Bruschettini a. a. O. S. 1—192 — Quellenstellen b. Kraut, Grundrifs § 127.

[5] Neuerdings bestreitet Brandileone, Le così dette clausole al portatore nei documenti medievali Italiani, Milano 1903, dafs diese Klauseln die von Brunner angenommene selbständige Legitimationskraft gehabt hätten.

Digitized by Google

jenen der Aussteller dem Inhaber entgegenhalten konnte, es sei bereits an den genannten Berechtigten geleistet.

Später trübte die romanistische Theorie das Institut durch die Forderung von Nachweisen. Man verlangte vom Inhaber den Beweis, dafs ihm das Papier vom ersten Nehmer oder vom genannten Berechtigten begeben, oder gar, dafs ihm das Recht abgetreten oder Vollmacht erteilt sei. Das alternative Inhaberpapier wurde in der Tat meist zu einem blofsen Rektapapier mit der Legitimationsklausel herabgesetzt und kommt nur selten noch in seiner ursprünglichen Bedeutung vor[6]; neuere Gesetze legen ihm ausdrücklich die Eigenschaft eines blofsen Legitimationspapiers bei[7]. Dagegen bestand das reine Inhaberpapier in den Niederlanden, in Deutschland und in Frankreich siegreich die ihm drohende Gefahr und erhob sich mehr und mehr zu einem Weltinstitut. Das Gewohnheitsrecht arbeitete unablässig an seiner Fortbildung, bis in neuerer Zeit auch die Gesetzgebung sich seiner Ausgestaltung widmete[8].

III. Arten. Inhaberpapiere im technischen Sinne sind nur Wertpapiere. Mithin gehören dazu weder blofse Beweisurkunden, die den Berechtigten nicht nennen[9], noch blofse Wertzeichen, die dem Inhaber als Zahlungsmittel dienen sollen[10]. Wertpapiere sind Inhaberpapiere, wenn sie ein Recht so verkörpern, dafs dessen Geltendmachung dem jeweiligen Inhaber zusteht. Kann von dem Inhaber ein Ausweis über den Erwerb des Papiers gefordert werden, so ist auch das in Inhaberpapierform gekleidete Wertpapier kein echtes Inhaberpapier[11].

---

[6] Brunner S. 197, Bruschettini a. a. O. S. 330 ff.

[7] So das Sächs. Gb. § 1048 (oben § 110 Anm. 42). Auch B.G.B. § 808 legt diese Deutung nahe, ohne sie zu erzwingen. — Das Bayr. L.R. faſst es als Orderpapier auf; oben § 111 Anm. 4.

[8] Preuſs. Allg. L.R. I, 2 § 12, I, 11 § 793 ff., I, 12 § 415, I, 15 § 47 ff.; Österr. Gb. § 371, 1393; Sächs. Gb. § 1039—1047; Schweiz. O.R. Art. 846—858; B.G.B. § 793—807 (nur für Schuldverschreibungen auf Inhaber, jedoch nach § 1197 auf Grundschuldbriefe auf Inhaber analog anwendbar); H.G.B. für Inhaberaktien.

[9] So z. B. die Straſsenbahnbilletts; vgl. F. Kempner, Der rechtliche Charakter der Straſsenbahnbilletts, Berlin 1902: Quittungen und Kontrollzeichen, aber keine Wertpapiere (S. 46 ff.). A. M. Jacobi S. 358.

[10] Vgl. oben § 107 IV und V. A. M. Rosin, Das Recht der Arbeiterversicherung, Bd. II, Berlin 1905, § 40 S. 409 ff.; er legt den Versicherungsmarken, deren rechtliche Natur er eingehend untersucht, trotz ihrer Funktion als Zahlungsmittel („Versicherungsgeld") zugleich die Eigenschaft von Inhaberpapieren im Sinne des B.G.B. § 807 bei (S. 418 ff.).

[11] Vielmehr ein zu den Rektapapieren gehöriges Legitimationspapier, oben § 110 Anm. 47—50.

Digitized by Google

Alle Inhaberpapiere sind skripturrechtliche Wertpapiere, Präsentationspapiere und Legitimationspapiere[12]. Ein Inhaberpapier kann abstrakt gefafst sein[13]. Die meisten Inhaberpapiere aber geben den Verpflichtungsgrund an; viele verweisen zur Ergänzung der in sie aufgenommenen Grundzüge des verbrieften Rechtsverhältnisses auf die in anderen Schriftstücken (Statuten, Reglements, allgemeinen Bedingungen) enthaltenen näheren Bestimmungen.

Das Inhaberpapier eignet sich zur Verkörperung solcher Rechte, bei denen die Individualität des Berechtigten als gleichgültig erscheint. Manche früheren Verwendungsarten sind weggefallen. Auch heute aber begegnen personenrechtliche, sachenrechtliche und obligationenrechtliche Inhaberpapiere.

1. Unter den personenrechtlichen Wertpapieren können die Aktien der Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften auf den Inhaber gestellt werden[14]. Interimsscheine dürfen nicht auf den Inhaber lauten[15]. Ebensowenig Kuxscheine[16].

2. Sachenrechtliche Inhaberpapiere sind die auf den Inhaber lautenden Pfand-, Renten-, Grundschuld- oder Rentenschuldbriefe, insoweit sie ein Grundpfandrecht oder eine Reallastberechtigung verbriefen[17]. Aber auch auf den Inhaber lautende Forderungspapiere können, wenn für sie eine Hypothek im Grundbuch eingetragen wird, zugleich einen immobiliarsachenrechtlichen Inhalt empfangen[18]. An dem sachenrechtlichen Charakter solcher

---

[12] Oben § 109 V, VII u. VIII.

[13] Oben § 109 VI.

[14] H.G.B. § 179 u. 320 (aber nicht vor Volleinzahlung). In seiner ursprünglichen Fassung liefs H.G.B. Art. 173 bei der Aktienkommanditgesellschaft nur Namenaktien zu; dies gilt noch in Österreich. Vgl. Schweiz. O.R. Art. 614.

[15] H.G.B. § 179 Abs. 3, § 209 Abs. 2. Anders Schweiz. O.R. Art. 636.

[16] Preufs. Bergges. § 103 Abs. 3.

[17] Hierher gehören nach Preufs. R. die alten landschaftlichen Pfandbriefe; Dernburg, Preufs. Hyp.R. II 24 ff. Ferner die Bremer Handfesten nach der Erbe- und Handfestenordnung v. 30. Juli 1860. Ebenso die im älteren deut. R. gebräuchlichen Rentenbriefe auf den Inhaber; Stobbe, Z. f. H.R. XI 424 ff., D. Pr.R. II 276 ff., III 198. Vgl. auch über Schweizer. Pfand- und Gültbriefe auf Inhaber Huber III 557 ff. — Das B.G.B. schliefst Hypothekenbriefe auf Inhaber aus, gestattet dagegen vorbehaltlos die Stellung von Grundschuldbriefen und Grundrentenschuldbriefen auf den Inhaber; § 1195 u. 1199.

[18] Das Preufs. Ges. v. 19. Aug. 1895 § 20 ff. liefs, wenn eine Bahnpfandschuld in Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber zerlegt ist, die Bestellung

Digitized by Google

Papiere nehmen die mit ihnen etwa ausgegebenen Zinsscheine oder Rentenscheine Teil; bisweilen dürfen auch da, wo das Hauptpapier auf Namen lauten mufs, derartige Nebenpapiere auf den Inhaber gestellt werden[19]. Einen mobiliarsachenrechtlichen Inhalt haben neben ihrem Forderungsinhalt Traditionspapiere auf den Inhaber[20].

3. Die obligationenrechtlichen Inhaberpapiere zerfallen in Geldpapiere und sonstige Forderungspapiere.

a. Die Geldpapiere können Forderungen auf bestimmte oder unbestimmte Geldbeträge verkörpern.

α. Geldpapiere, die dem Inhaber die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zusichern, kommen als Einzelpapiere und als Massenpapiere vor.

Einzelpapiere dieser Gattung sind in Gestalt von Inhaberschuldscheinen oder von Inhaberanweisungen zulässig. Zu den Inhaberschuldscheinen gehören auch Sparkassenbücher, falls sie als echte Inhaberpapiere ausgefertigt sind[21]. Unter den Inhaberanweisungen sind die Inhaberschecks hervorzuheben[22]. Unzulässig sind Wechsel auf den Inhaber[23].

Massenpapiere sind namentlich die auf den Inhaber lautenden Schuldscheine, die bei öffentlichen Anleihen über die

---

einer dinglichen Sicherheit für diese durch Eintragung im Bahngrundbuch zu; ein Hypotheken- oder Grundschuldbrief wird dann nicht erteilt. Im übrigen war nach preufs. u. meckl. R. eine Inhaberhypothek unzulässig. Für andere Rechtsgebiete herrscht Streit. Verneint wird die Zulässigkeit einer Hypothek für Schuldverschreibungen auf den Inhaber nach französ. u. bad. R. vom R.Ger. XVIII Nr. 74. Bejaht nach bayr., sächs., württ. u. österr. R. von Regelsberger, Bayr. Hyp.R. II 78, 181 ff., Siegmann, K. Sächs. Hyp.R. II 31, 33 ff., Römer, Württ. Unterpfandsr. S. 102 ff., Exner, Österr. Hyp.R. S. 183. Übrigens kann jedenfalls, wenn die Eintragung der Hypothek oder Grundschuld auf einen bestimmten Namen gefordert wird, der eingetragene Gläubiger Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber ausstellen, für die er sein dingliches Recht haftbar macht; Regelsberger a. a. O. S. 182; für das Preufs. R. R.Ger. XXII Nr. 11, XXXI Nr. 17. — Das B.G.B. läfst die Eintragung einer Hypothek in Form der Sicherungshypothek für Forderungen aus Inhaberpapieren zu; § 1188—1189, unten § 163 II. Die Landesgesetze über Teilschuldverschreibungen auf Inhaber mit Bahnpfandrecht bleiben unberührt; E.G. Art. 112, Preufs. G. über Bahneinheiten in der Fassung v. 1902 § 18.

[19] So die Zinsquittungsscheine bei preufs. Grundschuldbriefen; oben Anm. 4.

[20] Vgl. unten Anm. 28.

[21] R.Ger. b. Seuff. XXXVI Nr. 78; Randa, Eigent. S. 354 Anm. 42.

[22] Knies, Kredit S. 273 ff.; Brunner S. 204; G. Cohn im Handwörterb. der Staatswiss. III 22, 33, 36; Schweiz. O.R. Art. 832.

[23] W.O. Art. 4 Z. 3 u. 96 Z. 3. Anders nach engl. u. amerik. R.

Digitized by Google

einzelnen Anteile an der Gesamtdarlehnsforderung ausgegeben werden (Teilobligationen, Partialobligationen). So die Reichsschuldscheine, die meisten deutschen Staatsschuldscheine, die Kommunalobligationen, die Prioritätsobligationen der Aktiengesellschaften, die Anleihepapiere anderer Körperschaften oder einzelner Privatpersonen. Vielfach haben auch die als Pfandbriefe oder Hypothekenbriefe bezeichneten Inhaberpapiere in Wahrheit nur einen obligationenrechtlichen Inhalt[24]. Ebenso sind Rentenbriefe auf den Inhaber, falls sie der dinglichen Sicherheit entbehren, blofse Forderungspapiere.

Zu den auf bestimmte Geldbeträge lautenden Inhaberpapieren gehören auch die Zinsscheine (Zinscoupons) und Rentenscheine (Rentencoupons), die als Nebenpapiere den über eine verzinsliche Forderung oder über eine Rentenforderung ausgestellten Papieren beigegeben werden. Sie können auch dann, wenn das Hauptpapier ein Rekta- oder Orderpapier ist, auf den Inhaber lauten[25].

β. Geldpapiere, die dem Inhaber eine Forderung auf einen noch unbestimmten Geldbetrag zusichern, sind die Lotterielose, die Prämienscheine bei Losanleihen und die von dem Besitzer eines Loses ausgestellten Inhaberpromessen. Auch Versicherungspolicen können echte Inhaberpapiere sein[26]. Unter den Nebenpapieren gehören hierher die mit Aktien ausgegebenen Gewinnanteilscheine (Dividendenscheine), die auch bei Namenaktien auf den Inhaber lauten können[27].

b. Inhaberpapiere über Forderungen auf andere Leistungen können in Gestalt eines Versprechens oder einer Anweisung an den Inhaber ausgestellt werden. Insbesondere ist es zulässig, Traditionspapiere auf den Inhaber zu stellen. Doch sind in Deutschland Konnossemente und Ladescheine auf den Inhaber

---

[24] So die neueren „Pfandbriefe" der Landschaften und ähnlichen Kreditverbände, sowie Hypothekenbanken; Dernburg, Preufs. Hyp.R. II 33 ff.; Brunner S. 202; unten § 168.

[25] Brunner S. 153. — H. V. Simon, Die namenlosen Zinsscheine der Orderpapiere, Berlin 1903, sucht darzutun, dafs solche Zinsscheine nur eine Art von Legitimationspapieren seien. Doch ist ihm dies nicht gelungen. Der akzessorische Charakter der Zinsscheine steht ihrer besonderen Qualität als Inhaberpapiere nicht entgegen.

[26] R.Ger. XVI Nr. 25; Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XLI Nr. 138.

[27] Renaud, Aktienges. S. 439 ff., Behrend, H.R. I 795, K. Lehmann, Recht der A.G. II 119 ff. Ebenso die mit den Reichsbankanteilscheinen ausgegebenen Dividendenscheine. Simon a. a. O. S. 11 ff. will auch sie nicht als Inhaberpapiere anerkennen.

Digitized by Google

nicht üblich; nur Lagerscheine lauten mitunter auf den Inhaber[28]. Hierher gehören auch die bei Ausspielgeschäften ausgegebenen Lose. Ferner die auf den Inhaber lautenden Berechtigungsscheine zur Herstellung oder zum Vertriebe eines bestimmten Quantums Branntwein zu ermäfsigtem Steuersatz[29]. Endlich zahlreiche Karten, Billetts, Marken und ähnliche Urkunden, die im Verkehr ausgegeben werden, um dem Inhaber das Recht auf eine bestimmte Leistung zu verbriefen[30]. Dafs eine derartige Urkunde als Inhaberpapier gemeint ist, kann freilich nicht ohne weiteres aus dem Mangel der Bezeichnung eines Gläubigers gefolgert werden. Wohl aber ergibt es sich in vielen Fällen aus den Umständen und ist bei typisch ausgebildeten Formen überall da anzunehmen, wo es der Verkehrssitte entspricht. Zweifellos sind z. B. Eisenbahnbilletts und ähnliche ein Recht auf Personenbeförderung verkörpernde Fahrkarten, desgleichen Theaterbilletts und verwandte Eintrittskarten, in der Regel aber auch Bademarken, Speisemarken, Biermarken usw. als echte Inhaberpapiere anzusehen[31].

Unter den Nebenpapieren gehören hierher die Erneuerungsscheine (Talons), die dem Inhaber das Recht zusichern, zu einem Hauptpapiere eine neue Reihe von Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheinen zu empfangen[32].

---

[28] Brunner S. 206; R.O.H.G. XXV 352; R.Ger. XIII Nr. 36.

[29] R.Ger. b. Seuff. XLV Nr. 20.

[30] B.G.B. § 807. Soll das Recht nicht jedem Inhaber, sondern nur Personen eines bestimmten Kreises zustehen, so liegt keine Inhabermarke vor; Seuff. LIX Nr. 155 (Kartoffelmarken).

[31] Vgl. Fuchs a. a. O. (oben § 110 Anm. 50); Thöl, H.R. § 224 Anm. 1; Kuntze, Inhaberp. S. 113, 518; Unger a. a. O. S. 90; Brunner S. 206; Pappenheim a. a. O. S. 82 ff.; Beseler S. 345; Knies I 182; v. Gröning a. a. O. XLV 93 ff.; Cosack b. Gerber S. 402, B.R. § 268; Kohler, Arch. f. b. R. VI 316; Jacobi S. 367 ff. — Unrichtig sehen Bekker, Jahrb. d. g. R. I 396 ff., Dahn, Handelsrechtl. Vorträge S. 125 u. Platner, Arch. f. c. Pr. XLII 204 ff., in solchen Marken und Billetts immer nur Quittungen, Gareis, Busch Arch. XXXIV 97 ff. u. H.R. § 76 Anm. 4, Randa, Eigent. S. 353 Anm. 41, Stobbe-Lehmann IV § 256 Z. 2 immer nur Legitimationszeichen. — Vgl. aber oben § 107 a. E., § 110 Anm. 50 u. hier Anm. 9—11.

[32] Dafs sie nicht selbständig übertragbar sind (vgl. unten S. 170 ff.), entzieht ihnen nicht den Charakter von Inhaberpapieren; denn immerhin verkörpern sie selbständig das in ihnen verbriefte Nebenrecht; oben § 109 Anm. 32, Brunner S. 204 ff., Cosack b. Gerber S. 413, B.R. II § 267, Deneke, Jahrb. f. D. XLII 352 ff. (der aber die Eeneuerungsscheine, obschon als Inhaberpapiere, nicht als Wertpapiere anerkennt). A. M. Dernburg, Preufs. Pr.R. II 226, B.R. II § 149 IV, Jacobi S. 290, R.Ger. III 154 (blofse „Legitimationspapiere"), IV 141 XXXI 147 ff.; richtiger R.Ger. XIV 162 ff.

Digitized by Google

IV. Begründung. Die Herstellung des Inhaberpapiers erfolgt durch Ausfertigung einer zum Ausdruck des gewollten Rechtsverhältnisses geeigneten Urkunde. Der Regel nach ist die Unterschrift des Ausstellers erforderlich. Doch kann sie im Zweifel auf dem Wege mechanischer Vervielfältigung bewirkt werden[33]. Bei manchen Inhaberpapieren ist eine Unterschrift des Ausstellers überhaupt nicht notwendig, ja sogar jede Bezeichnung des Ausstellers, weil dessen Person sich von selbst versteht, entbehrlich[34]. Andererseits sind nicht nur durch das Gesetz für einzelne Klassen von Inhaberpapieren bestimmte Formerfordernisse vorgeschrieben[35], sondern es kann auch durch eine gewillkürte Bestimmung, falls sie nur in die Urkunde aufgenommen wird, die Gültigkeit der Unterzeichnung von der Wahrung einer besonderen Form abhängig gemacht werden[36].

Der Begebungsvertrag kommt dadurch zustande, daſs das fertige Papier vom Aussteller weggegeben und von irgendeiner erwerbsfähigen Person hingenommen wird[37]. Da der erste Nehmer zugleich das im Papier dargebotene Versprechen der Leistung an jeden anderen Inhaber akzeptiert, wirkt der mit ihm geschlossene Vertrag zugleich für einen unbestimmten Kreis Dritter[38]. Nach der positiven Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuches tritt aber die Verpflichtung des Ausstellers aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann in Kraft, wenn er die Urkunde nicht begeben hat, sie vielmehr durch Diebstahl oder Verlust oder sonst wider seinen Willen in den Verkehr gelangt oder von ihm im Zustande der Geschäftsunfähigkeit oder von einem Anderen nach seinem Tode ausgegeben ist[39].

---

[33] B.G.B. § 793 Abs. 2, H.G.B. § 181 S. 1. Ebenso nach bisherigem Gewohnheitsrecht.

[34] So oft bei Fahrkarten, Eintrittskarten usw. Vgl. B.G.B. § 807.

[35] Z. B. bei Grundschuldbriefen auf den Inhaber. Auch bei Reichsschuldscheinen und kraft Landesrechts bei Schuldverschreibungen des Staats oder einer anderen öffentlichen Verbandsperson, R.Sch.O. § 4, E.G. zum B.G.B. Art. 100 Z. 1, Preuſs. A.G. Art. 17 § 1.

[36] B.G.B. § 793 Abs. 2, H.G.B. § 181 S. 2.

[37] Vgl. oben § 108 III. Über Begebung durch Übergabe mit bloſser Verpfändungserklärung R.Ger. b. Seuff. LIII Nr. 248.

[38] Brunner S. 162; Goldschmidt, Z. f. H.R. XXVIII 111 ff.; Pappenheim S. 19 ff.; Gareis, H.R. § 79 I; Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XLI Nr. 138. Dagegen nimmt Savigny a. a. O. § 61 einen Vertragsschluſs cum persona incerta an. Renaud a. a. O. S. 329 ff. einen Nebenvertrag über eigentümliche Wirkungen der Singularsukzession. — Die Anhänger der Kreationstheorie lassen das Recht jedes dritten Inhabers aus der Verpflichtungserklärung des Ausstellers ohne weiteres hervorgehen.

[39] B.G.B. § 794 u. 807. Die herrschende Meinung nimmt an, daſs hiermit

Digitized by Google

Die **Befugnis** zur Ausgabe von Inhaberpapieren hat an sich Jedermann[40]. Sie ist jedoch durch gesetzliche Verbote eingeschränkt. Unbedingt verbietet das Reichsrecht, Wechsel und Interimsscheine, das Landesrecht, Kuxscheine auf den Inhaber zu stellen[41]. Die Ausgabe von Inhaberpapieren mit Prämien ist nur auf Grund eines Reichsgesetzes und nur zum Zweck einer Reichs- oder Staatsanleihe zulässig[42]. Um das Verbot der privaten Ausgabe von Banknoten durchzuführen, ist zugleich verboten, ohne besondere Ermächtigung „sonstige auf den Inhaber lautende unverzinsliche Schuldverschreibungen“ auszugeben[43]. Darüber hinaus haben viele Landesgesetze die Emission aller oder gewisser auf den Inhaber lautender Geldpapiere an staatliche Genehmigung gebunden[44]. Das bürgerliche Gesetzbuch bestimmt allgemein, daſs im Inlande ausgestellte Schuldverschreibungen, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden dürfen[45].

---

die Kreationstheorie gesetzlich sanktioniert sei. Es gilt aber vielmehr das oben § 108 Anm. 30—36 Gesagte. Vgl. Jacobi S. 172 ff.; auch Hellwig, Wesen der Rechtskraft § 44 Anm. 2—4. — Auf Inhaberaktien ist § 794 nicht anwendbar; Staub, Exkurs zu H.G.B. § 224 Anm. 12—13, K. Lehmann, Recht der A.G. II 105 ff.

[40] Vgl. bes. Poschinger, Die Befugnis zur Ausstellung von Inhaberpapieren, München 1870. Ferner Duncker, Z. f. D. R. V 50 ff.; Thöl, H.R. § 224 Anm. 4—7; Goldschmidt, Handb. I 1220 ff.; Unger S. 172 ff.; Brunner S. 198 ff.; Beseler § 86 V; Stobbe III 200 ff., b. Lehmann S. 478 ff.; Gareis, H.R. S. 675; Bruschettini S. 399 ff.; Seuff. VII Nr. 233, X Nr. 91, XIII Nr. 55, XV Nr. 237; R.O.H. XVII 151 ff. — A. M. Souchay, Arch. f. c. Pr. X 134, Savigny a. a. O. S. 122 ff., zum Teil auch Bekker a. a. O. S. 362 u. Kuntze a. a. O. S. 535 ff.

[41] Oben Anm. 15, 16 u. 23. Auch nicht volleingezahlte Aktien und Kleinaktien (ausnahmsweise zugelassene Aktien über einen Betrag unter 1000 Mark) müssen auf Namen lauten; H.G.B. § 179 u. 180.

[42] R.Ges. v. 8. Juni 1871.

[43] R.Ges. v. 14. März 1875 § 55. Vgl. oben § 107 Anm. 58 ff.

[44] Preuſs. V. v. 17. Juni 1833, ausgedehnt auf die neuen Provinzen durch V. v. 17. Sept. 1867 (jedoch mit Ausnahme der in Frankfurt a. M. üblichen Zahlungsanweisungen auf den Inhaber mit höchstens vierwöchentlicher Präsentationsfrist). Österr. V. v. 24. Dez. 1847. Sächs. Ges. v. 7. Juni 1846 u. Sächs. Gb. § 1040. Bad. Ges. v. 5. Juni 1860. Braunschw. Ges. v. 30. Apr. 1867. Sachsen-Meining. Ges. v. 18. Nov. 1874. Schaumburg-Lippesches Ges. v. 21. Febr. 1877. Oldenburg. Ges. v. 1. März 1879. Näheres b. Brunner S. 199 ff.

[45] B.G.B. § 795. Die Genehmigung wird von der Zentralbehörde des Staats, in dem der Aussteller seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat, erteilt und soll durch den Reichsanzeiger bekannt gemacht werden. Schuldverschreibungen des Reichs oder eines deutschen Einzelstaats

Digitized by Google

Die verbotswidrig ausgestellten Inhaberpapiere werden in den Gesetzen zum Teil ausdrücklich für nichtig erklärt[46]. Aus dem nichtigen Inhaberpapier wird der Aussteller nicht papiergemäfs verpflichtet; er haftet jedoch dem Inhaber für den durch die Ausgabe des Papiers verursachten Schaden[47]. Die für Inhaberpapiere geltenden besonderen Rechtssätze (z. B. hinsichtlich der Eigentumsverfolgung) finden auf nichtige Inhaberpapiere keine Anwendung[48]. Andere Gesetze enthalten nur eine Strafdrohung[49]. Ihr Verbot läfst die privatrechtliche Kraft verbotswidrig ausgegebener Inhaberpapiere unberührt. Der Aussteller wird daher papiergemäfs zur Leistung an den Inhaber verpflichtet[50].

V. Recht am Papier. Über Besitz, Eigentum und begrenzte dingliche Rechte am Inhaberpapier entscheiden die Regeln des Fahrnisrechtes[51].

Besonderheiten gelten hinsichtlich der Eigentumsverfolgung[52]. Als die römische Vindikation in Deutschland durch-

---

sind ausgenommen. Weitergehende landesgesetzliche Einschränkungen fallen damit weg. — Auf die zu Rekta- oder Orderpapieren ausgegebenen Inhaberzinsscheine bezieht sich § 795 nach richtiger Ansicht trotz des auch für sie zutreffenden Wortlautes nicht; Enneccerus § 344. Ebenso (aber mit unrichtiger Begründung) Planck zu § 803 Anm. 1, Simon a. a. O. (oben Anm. 25). A. M. Mayring zu § 795 Bem. 1 a, Düringer u. Hachenberg II 441 ff.

[46] So im B.G.B. § 795 Abs. 3 die verbotswidrig in den Verkehr gelangten Schuldverschreibungen auf Inhaber und im H.G.B. § 209 die verbotswidrig ausgegegebenen Interimsscheine auf Inhaber. Gleiches gilt für Wechsel auf Inhaber nach W.O. Art. 4 u. 96. Ferner nach Sächs. E.G. zum H.G.B. v. 30. Okt. 1861 § 17. Auch nach den in Anm. 45 angef. Braunschw. u. Oldenb. Gesetzen.

[47] B.G.B. § 795 Abs. 3; H.G.B. § 209. Die Haftung des Ausstellers tritt nach B.G.B. auch ein, wenn das Papier ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist; Dernburg, B.R. II § 148 III 4, Enneccerus § 339 Anm. 2; a. M. Oertmann u. Planck zu § 795, Jacobi S. 295 ff. Nach Handelsrecht haftet nur der „Ausgeber"; vgl. Staub zu § 209.

[48] Sächs. E.G. a. a. O.; Pappenheim S. 66 ff. — A. M. Mandry, Arch. f. c. Pr. LX 5.

[49] So das R.Ges. v. 8. Juni 1871 § 6, das Bankges. § 55, die in Anm. 45 angef. Preufs. u. Bad. Ges.

[50] Dernburg, Preufs. P.R. II 224; Förster-Eccius I § 64 Anm. 23; Bekker a. a. O. S. 364 ff., 372 ff.; Stobbe III 202; R.O.H.G. XII 302. — A. M. Kuntze S. 545 ff. und für das Preufs. R. zum Teil auch R.Ger. XIV Nr. 24 u. XIX Nr. 52. — Auch hinsichtlich des Eigentumserwerbs gelten die Regeln für Inhaberpapiere; Pappenheim S. 70.

[51] Auch die Regeln über Eigentumserwerb durch Aneignung und durch Ersitzung sind anwendbar.

[52] Vgl. über die Vindikation von Inhaberpapieren und die früher in dieser

Digitized by Google

drang, wurden vielfach für Inhaberpapiere die deutschrechtlichen Beschränkungen der Fahrnisklage nicht nur festgehalten, sondern auch auf die Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes ausgedehnt. In diesem Sinne wurden zahlreiche Landesgesetze erlassen, die die Eigentumsklage gegen den redlichen Erwerber eines Inhaberpapiers ausschlossen[53]. Selbst für das gemeine Recht wurde die Geltung eines derartigen Rechtssatzes von Manchen behauptet[54] und oft von der Praxis angenommen[55]. Das Handelsgesetzbuch führte in das gemeine Recht einen Mindestschutz des Besitzes an Inhaberpapieren ein. Danach erlangt, wenn ein Inhaberpapier veräufsert und übergeben ist, der redliche Erwerber das Eigentum am Papier,

---

Lehre herrschenden Streitfragen Bender a. a. O. (oben § 109 Anm. 8) § 67 ff.; Savigny a. a. O. S. 138 ff.; Thöl, H.R. § 231; Kuntze S. 649 ff.; Unger S. 136 ff.; Wolff, Z. f. H.R. VII 51 ff.; Goldschmidt, ebenda VIII 301 ff., IX 55 ff.; Mittermaier, D.P.R. § 274 III; Maurenbrecher § 239 u. 381; Walter § 258 V; Gengler § 129; Stobbe § 180 (254) Z. 7; Beseler § 86 VII; Randa a. a. O. S. 353 ff.; Bruschettini S. 464 ff.

[53] Vgl. z. B. Kursächs. Ed. v. 6. Mai 1772 § 3 (Cod. Aug. II, 2 S. 390), K. Sächs. Ges. v. 8. Juni 1846 (Kraut § 127 Nr. 4—5), Sächs. Gb. § 296—297 Österr. Gb. § 371; Bayr. V. v. 12. März 1817; Anhang zum Bad. L.R. Art. 201—205; Kurhess. Ges. v. 18. Dez. 1823 § 2; Hannov. Ges. v. 20. Jan. 1826 § 2, 10. Aug. 1836 § 4 u. 5. April 1859 (Grefe II 113); Braunschw. Ges. v. 5. April 1842 § 9; Hamb. Ges. v. 12. Aug. 1846 § 15; Württ. Ges. v. 16. Sept. 1852; Grofsh. Hess. Ges. v. 20. Juli 1858 Art. 12; Nassau. Ges. v. 2 Juni 1860 § 11. — Das Preufs. A. L.R. I, 15 § 47 u. das Frankf. Ges. v. 8 Juli 1817 Art. 3 schützen nur den entgeltlichen redlichen Erwerber gegen die Eigentumsklage. — Einige sächs.-thüring. Ges. (Weimar. v. 19. April 1833 u. 9. April 1879, Koburg. v. 1. Dez. 1858, Gotha. v. 24. Okt. 1845 u. Meining. v. 9. April 1850, vgl. Heimbach I § 188 u. II 160 ff.) untersagen sogar die Vindikation überhaupt und lassen auch gegen den unredlichen Besitzer nur eine persönliche Klage zu.

[54] So von Gönner a. a. O. (oben § 109 Anm. 8) S. 234, Nebenius, Der öff. Kredit S. 542, Bender a. a. O., Schumm a. a. O. (oben § 108 Anm. 64) S. 62 ff., Eichhorn, D.P.R. § 191, Walter a. a. O., Thöl a. a. O., Bekker a. a. O. S. 277 u. 379 ff. — Einige, wie Maurenbrecher a. a. O., versagen die Vindikation auch gegen den unredlichen Besitzer; vgl. Kuntze S. 658 ff. — Dagegen erklärten sich für die unbedingte Statthaftigkeit der Vindikation z. B. Kind, Quaest. for. III c. 26; Mittermaier a. a. O.; Phillips, D. P.R. I § 73; v. Savigny a. a. O.; Gerber, D.P.R. § 160; Kuntze S. 676 ff.; Unger S. 140 ff.; Wolff, Z. f. H.R. VII 53 ff.; Goldschmidt, ebenda VIII 301; Stobbe III 211.

[55] So b. Seuff. V Nr. 4, VI Nr. 313, VII Nr. 152, IX Nr. 206 u. 331. Abweichend ib. XIII Nr. 56. — Dafs sich ein gemeines Gewohnheitsrecht gebildet habe, ist nicht anzunehmen; Beseler § 86 Anm. 29; Erk. des O.L.G. Kiel u. des R.Ger. b. Seuff. XXXIX Nr. 332.

Digitized by Google

mag dieses auch dem bisherigen Eigentümer ohne seinen Willen abhanden gekommen sein[56]. Landesrechtliche Bestimmungen, die dem Besitzer noch günstiger sind, galten daneben fort[57]. Auch das bürgerliche Gesetzbuch erleichtert den Eigentumserwerb an Inhaberpapieren dadurch, dafs es bei ihnen die allgemeinen Bestimmungen über Eigentumserwerb vom Nichteigentümer auch dann für anwendbar erklärt, wenn das Papier dem bisherigen Eigentümer abhanden gekommen war[58].

In entsprechender Weise werden die Regeln über den Erwerb und Verlust von begrenzten dinglichen Rechten an beweglichen Sachen bei Inhaberpapieren durch den erhöhten Schutz des redlichen Besitzes abgewandelt[59].

Die Pfändung von Inhaberpapieren richtet sich durchweg nach den für bewegliche körperliche Sachen mafsgebenden Grundsätzen[60].

VI. Recht aus dem Papier. Das Recht aus dem Inhaberpapier folgt schlechthin dem Recht am Inhaberpapier.

---

[56] H.G.B. Art. 307. Erforderlich ist aber immer Veräufserung und Übergabe; Seuff. XXXVII Nr. 195. Grobes Verschulden beim Erwerbe schliefst die Redlichkeit aus; R.G. VI Nr. 4 u. 23, XXXVII Nr. 20, Obst.L.G. f. Bayern b. Seuff. L Nr. 257. Ist aber der erste Erwerber redlich, so kommt auf guten Glauben eines nachfolgenden Erwerbers nichts mehr an; Seuff. XXXIX Nr. 126, XLVII Nr. 209 (R.Ger.).

[57] So der völlige Ausschlufs der Vindikation (oben Anm. 53); die Versagung der Vindikation ohne Rücksicht auf Veräufserung und Übergabe; auch mildere Anforderungen an die Redlichkeit, R.Ger. VI Nr. 23, XXVIII Nr. 22.

[58] B.G.B. § 935 Abs. 2; dazu H.G.B. § 366 u. 367. Damit fallen die Bestimmungen der Landesgesetze weg. — Das Schweiz. O.R. Art. 208 privilegiert nur Banknoten und verfallene Coupons, sowie solche Inhaberpapiere, die entgeltlich und in gutem Glauben aus Ländern erworben sind, deren Gesetzgebung die Eigentumsklage nicht zuläfst.

[59] Der redliche Pfandnehmer erlangt an dem ihm verpfändeten und übergebenen Inhaberpapier Pfandrecht, der redliche Niefsbrauchnehmer Niefsbrauch; das dem Erwerber ohne grobes Verschulden unbekannt gebliebene dingliche Recht eines Dritten am Inhaberpapier erlischt zugunsten des redlich erworbenen Eigentums und steht dem redlich erworbenen Pfandrecht oder Niefsbrauch nach; H.G.B. Art. 306 Abs. 1—3 u. 307, B.G.B. § 936, 1032, 1207, 1208. — Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht erfreut sich dieses Schutzes nicht; somit kann der Eigentümer eines zur Verpfändung verliehenen Inhaberpapieres gegen den Dritten, dem das Papier verpfändet ist, nach Erlöschen des Pfandrechts die Eigentumsklage anstellen, ohne dafs der Dritte ein ihm gegen den Entleiher zustehendes Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen könnte; R.Ger. XIII Nr. 32.

[60] Realisierung durch Verkauf nach C.Pr.O. § 821.

Digitized by Google

Subjekt des Rechtes aus dem Papier ist daher dessen jeweiliger Eigentümer[61]. Er und nur er ist bei der Inhaberaktie Aktionär, beim sachenrechtlichen Inhaberpapier dinglich Berechtigter, beim Forderungspapier auf den Inhaber Gläubiger. Alle abweichenden Ansichten, wie sie namentlich für Forderungspapiere aufgestellt sind, führen zu unhaltbaren Ergebnissen. Manche erklären den Inhaber als solchen für den wahren Gläubiger[62]. Allein dann könnte es nicht nur Nießbrauch oder Pfandrecht an der im Inhaberpapier verkörperten Forderung nicht geben, sondern auch der bloße Verwahrer, der Leihbesitzer, der mit der Geltendmachung beauftragte Anwalt, ja der Kassenbote hätte ohne Wissen und Willen den Eigentümer aus der Gläubigerstellung verdrängt. Offenbar aber ist dies nicht der Sinn der Inhaberklausel; sie will dem Inhaber als solchem nicht das Recht selbst, sondern nur die Möglichkeit der Ausübung des Rechtes verschaffen. Andere erheben den juristischen Besitzer als solchen zum Gläubiger[63]. Damit aber wird im Widerspruch mit den obersten Grundsätzen der Rechtsordnung dem Diebe feierlich das Recht zugesprochen, die Frucht seiner Tat zu genießen. Wieder Andere schreiben dem redlichen Besitzer als solchem das Forderungsrecht zu[64]. Allein der redliche Besitzer ist nur der Regel nach, nicht notwendig zugleich Eigentümer des Papiers[65]. In den Fällen aber, in denen gegen ihn die Eigentumsklage durchdringt, wird offenbar, daß er auch das Recht aus dem Papier nicht erworben hat. Vereinzelt hat man sogar das Papier selbst zum Gläubiger gestempelt[66]. Das Papier ist jedoch nur sachlicher Träger, nicht Subjekt des verbrieften Rechts.

---

[61] Oben § 108 Anm. 50; auch Savigny II 135, Renaud S. 339 ff.

[62] So Siegel a. a. O. S. 115, Stobbe III 205 ff., Bruschettini S. 270 ff., 495; ebenso Entw. I § 685, während B.G.B. § 793 zur Eigentumstheorie stimmt.

[63] So Kuntze S. 303 ff., Gerber § 160.

[64] So Thöl § 226 II, Bluntschli § 117 a, Dernburg § 89 (anders jetzt B.R. II § 149 Anm. 2); vgl. auch Landsberg a. a. O. S. 58 („der letzte gutgläubige Erwerber mit dem Gläubigerwillen").

[65] Nach H.G.B. Art. 307 ist der redliche Besitzer dann nicht Eigentümer, wenn ihm das Papier nicht veräußert und übergeben ist. Nach B.G.B. § 932 Abs. 2 erwirbt er auch an dem ihm veräußerten und übergebenen Papier dann nicht das Eigentum, wenn er wußte, daß der Veräußerer nicht Eigentümer war, ihn aber in entschuldbarem Irrtum für verfügungsbefugt hielt. Man denke ferner an den Okkupanten, der das Papier irrtümlich als herrenlos ansah.

[66] So Bekker a. a. O. S. 292 ff.

Digitized by Google

Endlich ist auch die Meinung verfochten worden, dafs das Gläubigerrecht überhaupt erst durch die Präsentation des Inhaberpapiers für dessen Präsentanten entstehe[67]. Allein diese sogenannte „Pendenztheorie“ treibt die Verwechselung zwischen Recht und Rechtsausübung auf die Spitze und setzt sich mit der Lebensanschauung in unversöhnlichen Widerspruch.

Niefsbrauch am Inhaberpapier gewährt Niefsbrauch an dem in ihm verkörperten Recht[68]. Im Zweifel ist dieser Niefsbrauch als ein wahrer Niefsbrauch anzusehen. Der Niefsbraucher darf also das Inhaberpapier weder veräufsern noch willkürlich durch Einziehung verbrauchen, sondern bezieht nur die Früchte des verbrieften Rechts in Gestalt von Zinsen, Renten oder Gewinnanteilen. Wird während des Niefsbrauches das Papier selbst fällig, so tritt die Einlösungssumme als Gegenstand eines uneigentlichen Niefsbrauchs an die Stelle des Papiers[69]. Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch steht der Besitz des Hauptpapiers nebst dem Erneuerungsscheine dem Eigentümer und dem Niefsbraucher gemeinschaftlich zu, während der Niefsbraucher den alleinigen Besitz an Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen hat[70]. Eigentümer und Niefsbraucher sind einander zu der für Verwaltung und etwaige Einziehung des Papiers erforderlichen Mitwirkung verpflichtet[71]. Gehört ein Inhaberpapier zu den verbrauchbaren Sachen, so kann es den Gegenstand eines uneigentlichen Niefsbrauchs bilden[72].

---

[67] So Jhering, Jahrb. f. D. I 49 Anm. 20. Goldschmidt, Z. f. H.R. III 275 ff., der aber später diese Konstruktion verworfen hat, ebenda XXVIII 63 ff. Förster, Preufs. P.R. I § 64 (anders Eccius). Riefser, Z. f. H.R. XXVIII 56 ff. Eingehend Wttewaall a. a. O. S. 42 ff. (jedoch mit Beschränkung auf den gutgläubigen Vorzeiger).

[68] Hanausek, Die Lehre vom uneigentlichen Niefsbrauch nach gem. R., 1879, S. 136 ff.; Brunner S. 209; Sächs. Gb. § 1042; B.G.B. § 1081—1084.

[69] Bei Lospapieren gilt eine gezahlte Prämie als Teil des dem Niefsbrauch unterworfenen Kapitals; B.G.B. § 1083 Abs. 2. So auch nach bisherigem Recht; Hanausek a. a. O. S. 140, Brunner S. 209 Anm. 13. Doch nicht unbestritten. — Über beiderseitige Pflicht der Wiederanlegung des Kapitals B.G.B. § 1079.

[70] B.G.B. § 1081. Auf Verlangen eines Teils ist das Papier bei einer Hinterlegungsstelle und zwar, wenn der Niefsbraucher es begehrt, bei der Reichsbank so anzulegen, dafs die Herausgabe nur gemeinschaftlich verlangt werden kann; § 1082.

[71] B.G.B. § 1083 Abs. 1. Somit auch zur Mitwirkung bei der Beschaffung neuer Nebenpapiere, der Geltendmachung von Bezugsrechten, dem etwa erforderlich werdenden Umtausch usw.

[72] B.G.B. § 1084. Vgl. unten § 147 VII a. E.

Digitized by Google

Pfandrecht am Inhaberpapier begründet Pfandrecht an dem in ihm verbrieften Recht[73]. Dem Pfandgläubiger steht ein gleiches Veräufserungsrecht wie bei anderen beweglichen Sachen zu[74]. Er ist aber auch berechtigt, das Recht aus dem Inhaberpapier auszuüben und den erhobenen Betrag zu seiner Befriedigung oder, wenn seine Forderung noch nicht fällig ist, zu seiner Sicherung zu verwenden[75]. Ist das Inhaberpapier fällig, so ist er dem Eigentümer gegenüber zur rechtzeitigen Ausübung des Rechtes aus dem Papier verpflichtet[76].

Jeder Besitz am Inhaberpapier gewährt die Möglichkeit, das Recht aus dem Papier auszuüben. Verwaltungsbesitz verleiht zugleich Befugnis und Pflicht, von dieser Möglichkeit für Rechnung des Eigentümers Gebrauch zu machen[77]. Blofser Verwahrungsbesitz gibt kein Ausübungsrecht[78]. Ebensowenig Leihbesitz, der vielmehr nur das Recht erteilt, das Inhaberpapier als bewegliche körperliche Sache zu gebrauchen[79].

VII. Übertragung. Zur Rechtsübertragung genügt die Übergabe des Inhaberpapiers, ohne dafs eine besondere auf das Recht aus dem Papier gerichtete Übertragungshandlung hinzuzutreten brauchte.

Somit vollzieht sich der Rechtsübergang im Falle der Veräufserung oder Belastung des Papiers lediglich nach den für bewegliche Sachen geltenden Regeln. Die Veräufserung erfolgt durch Übergabe des Papiers mit Übereignungswillen, die Verpfändung durch Übergabe des Papiers mit Verpfändungswillen, die Bestellung eines Niefsbrauchs durch Übergabe des Papiers unter Willenseinigung über Niefsbrauchsgewährung[80]. Dagegen

---

[73] Brunner S. 208 ff.; Sächs. Gb. § 1042; B.G.B. § 1294.

[74] B.G.B. § 1293 mit § 1233 ff. — Sonderbestimmungen im Sächs. Gb. § 499.

[75] Sächs. Gb. § 501, vgl. auch § 500; B.G.B. § 1294.

[76] Brunner S. 208; Sächs. Gb. § 501.

[77] So auch bei dem mit Übernahme der Verwaltung verbundenen offenen Depot.

[78] So beim verschlossenen Depot.

[79] Dahin gehört auch Verleihung zur Verpfändung; Obst.L.G. f. Bayern b. Seuff. XXXVII Nr. 63, R.Ger. XIII Nr. 32 (oben Anm. 59).

[80] Dabei gelten die allgemeinen Regeln des Fahrnisrechtes über die zum Ersatz der Übergabe geeigneten Mittel. Doch genügt zur Bestellung des Niefsbrauchs die Einräumung des Mitbesitzes; B.G.B. § 1081 Abs. 2. Aufserdem gelten Besonderheiten hinsichtlich des Eigentumsüberganges im Bereiche des Depotges. v. 6. Juli 1896.

Digitized by Google

ist die Beschaffenheit des im Papier verbrieften Rechts für den Übertragungsakt bedeutungslos. Bei der Übertragung des in einer Inhaberaktie verkörperten Mitgliedschaftsrechts spielt die personenrechtliche Natur des abgetretenen Rechts keine Rolle. Wird ein in einem Inhaberpapier verkörpertes Recht an Grund und Boden übertragen, so bleiben die Regeln des Liegenschaftsrechts aufser Anwendung. Die Übertragung des in einem Inhaberpapier verkörperten Forderungsrechts entzieht sich den Regeln der Zession[81].

Mit dem Inhaberpapier geht, da es stets skripturrechtliches Wertpapier ist, das Recht aus dem Papier so über, wie es geschrieben steht. Der Aussteller kann also dem späteren Erwerber nur Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Inhaber zustehen[82].

Nebenpapiere folgen als Zubehörsachen im Zweifel den sachenrechtlichen Schicksalen des Hauptpapiers, können aber auch bei der Übertragung des Hauptpapiers zurückbehalten oder ohne das Hauptpapier übertragen (übereignet, verpfändet, gepfändet) werden[83]. Eine Ausnahme gilt für Erneuerungsscheine, die ein untrennbares Zubehör des Hauptpapiers bilden. Auch an ihnen ist gesonderter Besitz möglich, und auch sie bilden daher ein Übertragungsmittel für die Befugnis zur Ausübung des in ihnen verbrieften Bezugsrechts, so dafs der Inhaber eines Erneuerungsscheines das Recht auf Aushändigung neuer Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine selbständig geltend machen kann. Allein das Eigentum an dem Erneuerungsschein steht auch in diesem Falle rechtsnotwendig dem Eigentümer des Hauptpapiers zu, und das Bezugsrecht selbst ist somit vom Hauptrecht nicht trennbar. Demgemäfs darf, sobald der Inhaber des Hauptpapiers widersprochen hat, die Aushändigung der neuen Scheine nicht an den Inhaber des Erneuerungsscheines, mufs vielmehr, da hiermit zu-

---

[81] Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren vgl. R.Ger. X Nr. 46, XXX Nr. 48.

[82] Sächs. Gb. § 1046; B.G.B. § 796 u. 807; über die Anwendbarkeit des § 796 auf Inhaberaktien vgl. Cosack, H.R. S. 635, Staub, Exkurs zu H.G.B. § 224 Anm. 15, Jacobi S. 354 ff. — Vgl. im übrigen oben § 109 V.

[83] Nach dem B.G.B. § 1296 ergreift das Pfandrecht an einem Wertpapier die zugehörigen Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine nur dann, wenn sie dem Pfandgläubiger übergeben sind; mangels anderer Abrede kann auch dann der Verpfänder die Herausgabe der Scheine verlangen, insoweit sie vor Eintritt des Verkaufsrechts des Pfandgläubigers fällig werden.

Digitized by Google

gleich der Erneuerungsschein entkräftet ist, an den Präsentanten des Hauptpapiers erfolgen[84].

Es ist nicht ausgeschlossen, dafs der Aussteller der Übertragbarkeit des Inhaberpapiers Schranken zieht. Jede derartige Einschränkung mufs aber, wenn sie gegen Dritte wirken soll, auf dem Papier selbst ersichtlich gemacht werden[85]. Ist in dem Inhaberpapier eine ihrer Natur nach unteilbare Leistung versprochen, so ist im Zweifel die Übertragung nicht mehr zulässig, nachdem mit der Leistung an einen Inhaber begonnen ist. Doch bedarf es wiederum einer Ersichtlichmachung des Eintrittes der Unübertragbarkeit auf dem Papiere selbst[86].

VIII. Ausübung. Die Ausübung des Rechtes aus dem Inhaberpapier steht dem jeweiligen Inhaber zu.

1. Nur der Inhaber kann das Recht aus dem Inhaberpapier geltend machen. Das Inhaberpapier ist nicht nur Einlösungspapier, so dafs der Aussteller stets nur gegen Aushändigung des Papiers zur Leistung verpflichtet ist[87], sondern auch Präsentationspapier, so dafs der Berechtigte erst durch Vorzeigung des Papiers einen aktuellen Anspruch auf Leistung erwirbt[88]. Hat der Berechtigte

---

[84] B.G.B. § 805. Ebenso nach bisherigem Recht; Preufs. Ges. v. 18. März 1869 u. v. 13. Mai 1879 § 38; K. Sächs, Ges. v. 6. März 1879 § 30; Hess. Ges. v. 4. Juni 1879 Art. 14; Reichsbankstat. § 9; R.O.H.G. X Nr. 70, XVII Nr. 9. — Talons sind daher auch nicht für sich verpfändbar oder pfändbar; R.Ger. III Nr. 44. — Darüber, dafs die Erneuerungsscheine trotz dieser starken Abhängigkeit vom Hauptpapier keineswegs, wie die herrschende Meinung annimmt, blofse „Legitimationspapiere", sondern wahre Inhaberpapiere sind, vgl. oben Anm. 32.

[85] Somit ist die Unübertragbarkeitsklausel auf Rückfahrtkarten wirksam; vgl. M. Schneeli, Die rechtliche Natur des Eisenbahnfahrscheins, Zürich 1890; v. d. Leyen, Z. f. H.R. XXXIX 299 ff. A. M. Jhering, Jahrb. f. D. III 327 ff. In umgekehrter Richtung zu weit gehend M. de Jonge, Die Unübertragbarkeit der Retourbillets, Köln 1887, der die Klausel für überflüssig erklärt, weil sich die Unübertragbarkeit schon aus der Unteilbarkeit der versprochenen Leistung ergebe. Eine solche Unteilbarkeit liegt hier der Regel nach nicht vor.

[86] Sie erfolgt z. B. durch Durchlochung der Fahrkarte, durch Abstempelung, durch Abreifsen eines Papierabschnitts usw.

[87] B.G.B. § 797 u. 807; R.Ger. XIV 161. Vgl. Schweiz. O.R. § 848. — Die Inhaberaktie braucht der Aktionär nicht auszuhändigen, so lange ihm noch Mitgliedschaftsrechte zustehen; Staub, Exkurs zu H.G.B. § 224 Anm. 16.

[88] Oben § 109 VII; R.Ger. XIV 161. Doch nimmt das R.Ger. XXXI 147 an, dafs die Klage auf Zinszahlung ohne Vorlegung von Coupons trotz der Abmachung, dafs Zinsen nur gegen Präsentation der Coupons gefordert werden

Digitized by Google

das Papier verlegt, verloren oder aus der Hand gegeben, so kann er sein Recht nicht ausüben[89].

2. **Jeder Inhaber** kann das Recht aus dem Inhaberpapier geltend machen. Das Inhaberpapier ist ein vollkommenes Legitimationspapier; sein Besitz legitimiert unabhängig von jedem auf das Recht gerichteten Nachweise. Der Aussteller ist nicht blofs berechtigt, sondern verpflichtet, ohne weitere Legitimationsprüfung an den Präsentanten zu leisten. Ob dieser aus eigenem Recht oder in Vertretung, ob er befugter oder unbefugter Weise über das Papier verfügt, hat der Aussteller nicht zu fragen. Verweigert er die Leistung, bis ihm ein Nachweis erbracht ist, so gerät er in Verzug. Leistet er an einen unbefugten Inhaber, so wird er befreit und erwirbt durch Aushändigung der Urkunde das Eigentum an dieser, wenngleich der Inhaber zur Verfügung über sie nicht berechtigt war[90].

Immer aber handelt es sich um blofse **Legitimation**; der Inhaber hat nur den Schein des Rechtes für sich, nicht wird er als Berechtigter fingiert. Steht daher die Nichtberechtigung des Inhabers fest, so mufs der Schein vor der Wahrheit verbleichen. Um des Verkehrs willen eingeführt, soll die Legitimation des Inhabers doch nur dem redlichen Verkehre dienen. Sie versagt, wo die Berufung auf sie den Anforderungen an Treu und Glauben widerspräche. Darum ist der Aussteller zur Verweigerung der Leistung an den Inhaber berechtigt, falls er ihm nachweisen kann, dafs er unbefugter Weise das Recht geltend macht[91]. Freilich

---

können, dann zulässig ist, wenn der Schuldner selbst widerrechtlich die Ausfertigung gehöriger Coupons verweigert hat.

[89] Ausnahmen gelten insoweit, als die Vorlegung des Papiers durch dessen gerichtliche Kraftloserklärung oder durch Verlustanzeige ersetzt wird; unten Anm. 134 u. 138—139. Eine andere Ausnahme liegt in den oben Anm. 84 erwähnten Bestimmungen, nach denen die Rechte aus einem Erneuerungsschein unter Umständen von dem, der nur das Hauptpapier vorlegt, ausgeübt werden können.

[90] B.G.B. § 793 Abs. 1 u. § 797. Sächs. Gb. § 1039 u. 1045. Schweiz. O.R. Art. 846 Abs. 1. R.O.H.G. XVII 159. Dazu bes. **Thöl** § 225—230; **Unger** S. 128 ff.; **Bluntschli** § 117 b; **Beseler** § 86 VIII—IX; **Brunner** S. 211 ff.; **Pappenheim** S. 49 ff.; **Cosack** b. Gerber § 237, B.R. II § 260; **Jacobi** S. 34 ff. — Auch Mängel der Geschäftsfähigkeit des Präsentanten kommen nicht in Betracht.

[91] **Unger** S. 130 ff.; **Bluntschli** § 117 b; **Thöl** § 228; **Bekker** S. 392 ff.; **Goldschmidt**, Z. f. H.R. IX 62, XXVIII 67, XXXVI 136 ff.; **Stobbe** III 207 ff.; **Gierke** S. 262; **Carlin** S. 26 ff.; **Landsberg** S. 76 ff.; **Wttewaall** S. 21 ff., 70; **Cosack** a. a. O.; **Jacobi** S. 62 ff. Vgl. Württ. Ges. v. 16. Sept. 1852 § 15. Durch B.G.B. § 793 Abs. 1 wird dieser Satz jetzt

Digitized by Google

verweigert der Aussteller auch bei scheinbar begründetem Verdachte die Leistung auf eigne Gefahr[92]. Er mufs die Verzugsfolgen tragen, wenn ihm der Nachweis der Unredlichkeit mifslingt. Führt er dagegen diesen Nachweis, so können ihn keine Verzugsfolgen treffen. Der Aussteller ist aber zur Verweigerung der Leistung sogar verpflichtet, wenn der Nichtgebrauch seines Rechtes, die Leistung zu verweigern, wider Treu und Glauben verstiefse[93]. Dies ist der Fall, sobald er weifs und ohne erhebliche Schwierigkeit beweisen kann, dafs der Inhaber das Recht aus dem Papier unbefugterweise ausübt[94]. Leistet er unter

aufser Zweifel gestellt. — A. M. Kuntze S. 623 ff.; Renaud S. 341; Gerber § 160; Brunner S. 211. Ausdrücklich verpflichtete Entw. I § 685 den Aussteller zur Leistung an jeden auch unredlichen Inhaber. Ebenso Sächs. Gb. § 1045.

[92] Unrichtig ist es, wenn Savigny S. 136 ff. u. Walter § 258 schon bei hinreichendem Verdacht ein Recht gewähren, die Leistung zu verweigern.

[93] Eine Verpflichtung zur Verweigerung der Leistung an den unredlichen Inhaber nehmen in freilich sehr verschiedenem Umfange an: Unger S. 132; Goldschmidt, Z. f. H.R. IX 62, XXXVI 136 ff.; Bekker S. 396 ff.; Thöl § 229; Endemann, H.R. S. 390; Stobbe III 208; Pappenheim S. 51; Gierke S. 262; Carlin S. 27 Anm. 50; Dernburg, Preufs. P.R. § 89 Anm. 9, B.R. § 149; Kuhlenbeck zu B.G.B. § 793 Bem. 1; Oertmann zu § 793 Bem. 4; Jacobi S. 64 ff. — Grundsätzlich dagegen erklären sich nicht nur Alle, die nicht einmal ein Recht der Verweigerung anerkennen (oben Anm. 91), sondern auch Landsberg S. 91 ff., Cosack b. Gerber S. 407 und auf Grund der Fassung des B.G.B. § 793 mit der zweiten Kommission (II 529 ff., VI 209 ff.) die meisten Schriftsteller über das neue bürgerliche Recht, wie Fischer-Henle, Planck, Mayring zu § 793, Enneccerus I § 340, Crome § 311 Anm. 27. Doch machen auch die Gegner Ausnahmen; so Beseler S. 349 im Interesse der Strafrechtspflege, Brunner S. 211 Anm. 3a dann, wenn der Inhaber selbst erklärt, dafs er das Recht unbefugt ausübe, Landsberg u. Cosack bei offenbar arglistigem Verhalten (insbesondere Kollusion), Planck, Crome, Enneccerus u. A. im Falle des Verstofses gegen B.G.B. § 826.

[94] Grob verschuldetes Nichtwissen darf man nicht mit Unger a. a. O. dem Wissen gleichstellen; denn der Aussteller hat eben keinerlei Prüfungspflicht. Aber auch blofses Wissen genügt hier nicht, wie bei Legitimationspapieren (oben § 110 Anm. 46) und Orderpapieren (oben § 111 Anm. 53), bei denen der Aussteller ein Prüfungsrecht hat und somit die Leistung ohne Gefahr verweigern kann. Vielmehr ist erforderlich, dafs er keine ihm den Umständen nach nicht zuzumutende Gefahr läuft. Dafs ein Dritter unter Gefahrübernahme und Sicherheitsleistung die Zurückweisung des Präsentanten verlangt, kann nicht, wie Thöl S. 692 ff. meint, in jedem Fall, sondern nur dann den Aussteller verpflichten, wenn er selbst von der Nichtberechtigung des Präsentanten überzeugt ist. Kenntnis davon, dafs das Papier dem Berechtigten abhanden gekommen ist, ist natürlich noch keine Kenntnis von der

Digitized by Google

solchen Umständen an den Unberechtigten, so wird er nicht befreit[95].

IX. Umwandlung. Ein Inhaberpapier kann durch Umschreibung auf den Namen einer bestimmten Person (Festmachung, Vinkulierung, Aufserkurssetzung) in ein Namenpapier umgewandelt werden[96]. Dadurch verliert es bis zur etwaigen Zurückverwandlung (Devinkulierung, Wiederinkurssetzung) die Eigenschaft eines Inhaberpapiers und wird zum Rektapapier[97]. Es bleibt also zwar ein Wertpapier mit allem bisherigen Rechtsinhalte. Allein zur Rechtsübertragung ist nunmehr aufser der Übergabe des Papiers eine auf das Recht aus dem Papier gerichtete gehörige Abtretungserklärung erforderlich; zur Rechtsausübung ist nicht mehr jeder Inhaber, sondern nur der benannte Berechtigte oder sein Rechtsnachfolger oder Vertreter legitimiert; auf den Erwerb von Eigentum oder dinglichem Recht am Papier sind die für Inhaberpapiere geltenden besonderen Rechtssätze unanwendbar[98]. Wird so die Verwertung des verbrieften Rechts stark erschwert, so wird in gleichem Mafse die Gefahr des Rechtsverlustes für den Berechtigten vermindert. Die Umwandlung dient daher als Sicherheitsmafsregel und ist als solche in manchen Fällen gesetzlich vorgeschrieben oder doch anstatt anderer Sicherheitsmafsregeln zugelassen[99].

Nichtberechtigung des Präsentanten; doch wird hier die subjektive Gewifsheit durch gerichtliche Zahlungssperre (unten Anm. 137) ersetzt.

[95] Viele lassen die Schuld stets durch Leistung an den Inhaber erlöschen und legen nur in den schlimmsten Fällen dem Schuldner eine aufserkontraktliche Ersatzpflicht an den Geschädigten auf; so Strohal, Jahrb. f. D. XXXIII 378, Landsberg, Crome, Planck a. a. O. Allein nach allgemeinen Grundsätzen kann man durch rechtswidriges Handeln so wenig Pflichten abschütteln, wie Rechte erwerben.

[96] Kuntze S. 564 ff. Wolff, Z. f. H.R. VII 84 ff. v. Kerstorf, Verh. des VII. D. Juristent. S. 123 ff. Brunner S. 214 ff. Beseler § 87! X. Marsson, Die Aufserkurssetzung der Inhaberpapiere nach Preufs. R., Berlin 1887. Dernburg, Preufs. P.R. II § 91. Jacobi, Wertp. S. 138 ff. Kommentare zu B.G.B. § 806.

[97] Kuntze S. 565; Bluntschli § 117 a; Brunner S. 214; Beseler a. a. O.; Dernburg S. 228; Jacobi S. 139; Seuff. XXIV Nr. 156; R.Ger. IV Nr. 31. A. M. Pappenheim S. 58 ff.

[98] Preufs. E.G. zum alten H.G.B. Art. 19, Sächs. § 17. So auch Pappenheim a. a. O. — Ist der Umwandlungsvermerk unkenntlich gemacht, so müssen zugunsten eines redlichen Dritten die Sätze über Inhaberpapiere gelten; Seuff. LII Nr. 186.

[99] Das preufs. R. schrieb regelmäfsig die Aufserkurssetzung aller zu einem Mündel- oder Stiftungsvermögen gehörigen Inhaberpapiere vor. Das B.G.B. behandelt mehrfach Umschreibung als Ersatzmittel der Hinterlegung; § 1667, 1815, 2117.

Digitized by Google

Das preufsische Recht und mehrere andere nord- und mitteldeutsche Landesgesetze gewährten dem Inhaber eines Inhaberpapiers ein einseitiges Recht der „Aufserkurssetzung“ [100]. Sie erfolgte durch einen Vermerk auf dem Papier, der die Umstellung des Rechtes auf den Namen einer bestimmten Person zum Ausdruck bringt [101]. Nach preufsischem Recht genügte dazu ein privater Vermerk [102]; doch entbehrte bei den unter öffentlicher Autorität ausgegebenen Inhaberpapieren der Privatvermerk dem Aussteller gegenüber der bindenden Kraft [103]. Andere Gesetze forderten stets einen öffentlich beurkundeten Vermerk [104]. Die Zurückverwandlung des aufser Kurs gesetzten Inhaberpapiers in ein Inhaberpapier erfolgte durch „Wiederinkurssetzung“, zu der der auf dem Papier benannte Berechtigte oder sein gehörig legitimierter Rechtsnachfolger einseitig befugt war [105]. Erforderlich war ein die Aufserkurssetzung entkräftender Vermerk auf dem Papier, der auch dann, wenn die Aufserkurssetzung durch Privatvermerk erfolgt war, der öffentlichen Beurkundung durch das Gericht oder eine andere dazu ermächtigte Behörde bedurfte [106].

In Ermangelung besonderer gesetzlicher Vorschrift kann nur der Aussteller mit Zustimmung des Inhabers eine Umwandlung des Inhaberpapiers vornehmen. Der Inhaber ist dazu nicht befugt, weil er durch seine Willenserklärung die Art der vom

---

[100] Preufs. A. L.R. I, 15 § 47 ff., Ges. v. 16. Juni 1835 u. 4. Mai 1843, V. für die neuen Prov. v. 16. Aug. 1867. K. Sächs. V. v. 30. Dez. 1861. Brem. V. v. 6. Juni 1864. Oldenburg. G. v. 1. Mai 1865. Andere Gesetze b. Kerstorf a. a. O. S. 140.

[101] Z. B. „Aufser Kurs gesetzt für N. N.“, „Eigentum des N. N.“. Blofse Namensaufschrift genügt nicht; Marsson S. 96. — Das sächs. R. kannte auch eine namenlose Aufserkurssetzung, die nur Umlauf und Einlösung sperrte; Brunner S. 248. Ohne gesetzliche Grundlage ist sie wirkungslos; a. M. Kuntze S. 569.

[102] Ebenso nach Sachsen-Weimar. G. v. 9. April 1879.

[103] Preufs. G. v. 16. Juni 1835 § 1. Das Papier wird also ihm gegenüber zum Rektapapier mit der Eigenschaft eines Legitimationspapiers; Brunner S. 216 ff., Dernburg S. 229. Aufserkurssetzung durch eine öffentliche Behörde hatte auch dem Aussteller gegenüber volle Wirkung.

[104] So das sächs. u. koburg. R.; in Bremen genügte gerichtliche oder notarielle Beglaubigung.

[105] Über Wiederinkurssetzung durch den Gerichtsvollzieher alte C.Pr.O. § 724.

[106] In Preufsen konnten öffentliche Behörden die von ihnen aufser Kurs gesetzten Inhaberpapiere selbst wieder in Kurs setzen; sonst war gerichtlicher Vermerk erforderlich.

Digitized by Google

Aussteller eingegangenen Verpflichtung nicht ändern kann[107]. Das bürgerliche Gesetzbuch hat die einseitige Aufserkurssetzung gänzlich abgeschafft und kennt nur eine „Umschreibung“ durch den Aussteller[108]. Der Inhaber hat auch keinen Anspruch darauf, dafs der Aussteller die Umschreibung vornehme[109]. Doch kann der Aussteller infolge besonderer Zusage und bei den vom Staat oder einer anderen öffentlichen Verbandsperson ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber auch kraft landesgesetzlicher Bestimmung zur Umschreibung verpflichtet sein[110].

Die auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen des Reiches aus Reichsanleihen und Preufsens und einiger anderer deutscher Staaten aus Staatsanleihen können in **Buchschulden** auf den Namen eines bestimmten Gläubigers umgewandelt werden[111]. Die Umwandlung in Buchschulden dient ähnlichen Zwecken, wie die Festmachung, und ist daher geeignet, die Aufserkurssetzung oder Umschreibung der Inhaberpapiere zu ersetzen[112]. Ihr rechtliches Wesen aber ist von dem der Festmachung durchaus ver-

---

[107] Bluntschli § 117 a; Beseler S. 350; v. Gröning a. a. O. S. 385; Pappenheim S. 60; Gareis, H.R. § 79 V; Bruschettini S. 505 ff.; mit gewissen Vorbehalten auch Brunner S. 214 ff. — A. M. Savigny S. 185 Renaud S. 364 ff., Kuntze S. 568, Wolff S. 84 ff., Stobbe III 214, R.Ger. IV Nr. 31.

[108] B.G.B. § 806. Nur auf demselben Wege ist die Rückverwandlung in ein Inhaberpapier möglich. Ältere Außerkurssetzungen sind wirkungslos geworden; E.G. zum B.G.B. Art. 176, zum H.G.B. Art. 26.

[109] B.G.B. § 806.

[110] Auf Grund der Ermächtigung durch E.G. Art. 101 ist in Preufsen und Hessen bei den Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die von einer Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts ausgestellt sind, in mehreren anderen Staaten auch bei Staatsschuldverschreibungen dem Inhaber ein Recht, die Umschreibung auf Namen zu verlangen, landesgesetzlich gewährt und das daraus entstehende Rechtsverhältnis näher geregelt; Preuß. A.G. zum B.G.B. Art. 18, Bayr. Art. 49—57, Württ. Art. 181—183, Hess. Art. 68—70, Meckl. § 45—48 (Str. § 44—47) usw. Vgl. über das frühere Recht Kerstorf S. 142 ff., Brunner S. 154. Dazu Österr. G. v. 20. Juni 1868. — Bei Aktien kann das Recht auf Umwandlung im Statut festgesetzt werden; H.G.B. § 183 Abs. 2.

[111] Diese Einrichtung wurde zuerst in Preußen durch das Ges. über das Staatsschuldbuch v. 20. Juli 1883 getroffen und durch Ges. v. 24. April 1886, 8. Juni 1891 u. 24. Juli 1904 erweitert. Nachgebildet im K. Sächs. Ges. v. 25. April 1884, Sachsen-Weimar. G. v. 20. Jan. 1900, Hess. v. 27. März 1898, Braunschw. v. 2. Dez. 1898, Hamb. v. 14. April 1902. Für das Reich durch R.G. v. 31. Mai 1891 mit Nov. v. 28. Juni 1904. Dazu E.G. zum B.G.B. Art. 97.

[112] R.Ges. § 23; Preuß. Ges. v. 1883 § 24; B.G.B. § 1393, 1815, 2117. Über Buchforderungen als Mittel der Sicherheitsleistung B.G.B. § 236.

Digitized by Google

schieden. Denn durch sie wird die wertpapiermäfsige Verkörperung der Forderung nicht blofs verändert, sondern beseitigt. Sie erfolgt gegen Einlieferung umlaufsfähiger Stücke durch Eintragung einer Forderung von entsprechendem Betrage in das Reichs- oder Staatsschuldbuch auf den Namen der im Antrage des Inhabers als Gläubiger bezeichneten Person[113]. Die Buchforderung bleibt inhaltlich mit der bisherigen Inhaberforderung identisch und unterliegt daher namentlich gleichen Bedingungen der Verzinsung, Kündigung und Tilgung. Allein die eingelieferten Papiere verlieren für sie jede Bedeutung; die Rechte des Inhabers an ihnen erlöschen[114]. Ein neues Wertpapier wird über die Forderung nicht ausgestellt; vielmehr werden über die Einträge nur Benachrichtigungen erteilt, die nicht als Schuldverschreibungen gelten[115]. Somit ist die Buchforderung eine unverkörperte Forderung, deren Rechtsschicksale nicht mehr an eine körperliche Sache gebunden sind, sondern sich lediglich nach den Regeln des Obligationenrechts richten. Dem Schuldner gegenüber aber tritt an Stelle der Legitimation durch das Papier eine formell geordnete Legitimation durch das Buch. Darum werden alle Veränderungen des Schuldverhältnisses in das Buch eingetragen; es wird beim Übergange

---

[113] Das Reichsschuldbuch wird von der Reichsschuldenverwaltung, die Staatsschuldbücher werden von den Staatsschuldenverwaltungen geführt. Für Forderungen zu verschiedenen Zinssätzen sind gesonderte Bücher zugelassen. Eine Buchabschrift wird getrennt aufbewahrt. Der Buchinhalt ist vor Dritten geheimzuhalten. Als Gläubiger können nur eingetragen werden einzelne Menschen, Handelsfirmen, juristische Personen (nach den Nov. v. 1904 ohne Beschränkung jedoch eingetragene Genossenschaften und eingeschriebene Hülfskassen auch künftig nur, wenn sie ihren Sitz in Deutschland haben) und „Vermögensmassen“, deren Verwaltung von einer öffentlichen Behörde oder unter deren Aufsicht geführt wird oder deren Verwalter ihre Verfügungsbefugnis durch gerichtliche oder notarielle Urkunde nachweisen. Jedem Gläubiger wird nur ein Konto eröffnet. Gegen Einlieferung weiterer Stücke wird die Forderung durch Zuschreibung erhöht. R.G. § 2—4 u. § 6, Preufs. Ges. § 2—4 u. § 6.

[114] R.Ges. u. Preufs. Ges. § 5. Der Regel nach geht also das Eigentum auf das Reich oder den Staat über. Gelangt das Papier wieder in den Verkehr, so wird das Reich oder der Staat aus ihm neu verpflichtet. Die Verwaltung ist aber dafür verantwortlich, dafs die eingetragenen Forderungen zusammen mit den noch umlaufenden Inhaberpapieren den gesetzlichen Anleihebetrag nicht überschreiten und die eingelieferten Inhaberpapiere gehörig aufbewahrt oder kassiert und endlich vernichtet werden; R.Ges. § 22, Preufs. § 23.

[115] R.Ges. u. Preufs.Ges. § 14. Ebenso über Einträge von Veränderungen und Löschungen. Neben dem Antragsteller wird der etwa von ihm verschiedene Berechtigte benachrichtigt.

Digitized by Google

der Forderung auf einen anderen Gläubiger die Forderung ganz oder teilweise auf ein anderes Konto übertragen; es werden Vermerke über Verpfändungen und sonstige Belastungen, über Einschränkungen der Verfügungsbefugnis und über Pfändungen und vorläufige Beschlagnahme der Forderung auf dem Konto des Gläubigers eingetragen und wiederum gelöscht[116]. Die Eintragungen erfolgen, soweit nicht eine von Amts wegen einzutragende und zu löschende Vollstreckungsmafsregel in Frage steht[117], auf ordnungsmäfsige Anträge des eingetragenen Gläubigers oder seines gehörig legitimierten Vertreters oder seiner gehörig legitimierten Rechtsnachfolger von Todeswegen[118], ohne dafs eine Prüfung der Gültigkeit der den Anträgen zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte stattfände[119]. Alle Verfügungen über Buchforderungen erlangen dem Reiche oder Staate gegenüber nur durch die Eintragung Wirksamkeit[120]. Der Bucheintrag und er allein legitimiert zur Ausübung der Gläubigerrechte und insbesondere zur Empfangnahme der fälligen Zinsen[121]. Der buchmäfsig legitimierte Gläubiger oder sein gehörig legitimierter Vertreter oder Rechtsnachfolger von Todeswegen kann schliefslich die Buchforderung ganz oder teilweise löschen lassen und empfängt in diesem Falle den Nennbetrag in Schuldverschreibungen auf den Inhaber zu gleichem Zinssatze zurück[122]. In gewissen Fällen können Buchforderungen von Amts wegen gelöscht und die dagegen auszuliefernden Schuldverschrei-

[116] R.Ges. u. Preufs. Ges. § 2 Abs. 3, § 6—8; B.G.B. § 1667, 1816, 1820, 2118, E.G. Art. 97 Abs. 2, Preufs. A.G. Art. 16.

[117] R.Ges. u. Preufs. Ges. § 7 Abs. 4.

[118] R.Ges. u. Preufs. Ges. § 7 Abs. 1. Zur Löschung von Vermerken zugunsten eines Dritten ist dessen Genehmigung erforderlich; ebenda Abs. 2. Über die Form der Anträge, der etwa erforderlichen Identitätsnachweise, der Vollmachten und der Genehmigungserklärungen vgl. R.Ges. § 10 u. 13, Preufs. Ges. § 10—11 u. 14. Über die Legitimation der Rechtsnachfolger von Todeswegen R.Ges. § 11, Preufs. Ges. § 12. Mehrere Erben haben eine einzelne Person zum Bevollmächtigten zu bestellen; R.Ges. § 12, Preufs. Ges. § 13.

[119] R.Ges. u. Preufs. Ges. § 7 Abs. 5.

[120] R.Ges. u. Preufs. Ges. § 7 Abs. 3.

[121] Die Zinszahlung erfolgt mit rechtlicher Wirkung an den, der am zehnten Tage des dem Fälligkeitstermine vorangehenden Monats als Berechtigter eingetragen war; die Zinsen werden nur im Inlande und zwar durch eine öffentliche Kasse oder auf Gefahr und Kosten des Berechtigten mittels Übersendung durch die Post gezahlt; R.Ger. § 17—19, Preufs. Ges. § 18—20. Im Falle der Kündigung einer Anleihe sind die betroffenen Gläubiger schriftlich zu benachrichtigen, ohne dafs davon die Wirksamkeit der Kündigung abhinge; R.Ges. § 16, Preufs. Ges. § 17.

[122] R.Ges. § 6, 7 Abs. 1, 10—14, Preufs. Ges. § 6, 7 Abs. 1, 10—15.

Digitized by Google

bungen auf Kosten des Gläubigers hinterlegt werden[123]. In dieser Möglichkeit, stets die Wiederverkörperung der entkörperten Forderung in gleichartigen Inhaberpapieren, wie sie eingeliefert waren, herbeizuführen, zeigt es sich, dafs die Buchforderung den Charakter einer nur zeitweilig umgewandelten Forderung aus Schuldverschreibung auf den Inhaber bewahrt[124].

X. Beendigung. Es liegt im Wesen des Inhaberpapiers, dafs der Bestand der Urkunde und der Bestand des verbrieften Rechts einander bedingen[125].

1. Mit dem Untergange des Inhaberpapiers erlischt an sich das in ihm verkörperte Recht. Ist das Papier vernichtet oder dergestalt beschädigt, dafs der wesentliche Inhalt und die Unterscheidungsmerkmale der Urkunde nicht mehr mit Sicherheit erkennbar sind, so ist ein Recht aus dem Papier nicht mehr vorhanden[126]. Ist das Papier dem Berechtigten nur

---

[123] Die Fälle sind: Antrag auf Eintragung einer Verpfändung oder sonstigen Verfügungsbeschränkung; Pfändung; Konkurs; zehnjährige Nichtabhebung der Zinsen; Ablauf eines mehr als zehnjährigen Zeitraums seit dem glaubhaft bekannt gewordenen Tode, ohne daß sich ein Rechtsnachfolger legitimiert hat; ein sonstiger gesetzlicher Grund zur Hinterlegung. Die hinterlegten Inhaberpapiere treten in allen rechtlichen Beziehungen an die Stelle der gelöschten Forderung. R.Ges. § 15, Preufs. Ges. § 16.

[124] Eine Folge hiervon ist, daß Teilübertragungen und Teillöschungen nur zulässig sind, sofern die Teilbeträge in Stücken von Inhaberschuldverschreibungen darstellbar sind; R.Ges. u. Preufs. Ges. § 6 Abs. 2.

[125] Das Inhaberpapier ist aber im Falle einer Abänderung des verbrieften Rechts einer entsprechenden Veränderung fähig, ohne seine Identität einzubüfsen. Darum liegt z. B. keine stempelpflichtige Emission neuer Urkunden vor, wenn die Einziehung und Wiederausgabe von Schuldverschreibungen mit dem Vermerk einer Zinsherabsetzung oder einer Änderung des Fälligkeitstermins erfolgt (R.Ger. XVIII Nr. 2, XL Nr. 34 u. 35); oder wenn Aktien zu Vorzugsaktien umgestempelt werden (R.Ger. XL Nr. 4, XLV Nr. 19 Ver.Zivils., anders R.Ger. XXXVI Nr. 23); oder wenn eine Aktiengesellschaft Inhaberaktien in Namenaktien oder letztere in erstere umwandelt (R.Ger. XL Nr. 33). Andererseits ist für den Bestand des Inhaberpapiers ein blofser Wechsel des Sachkörpers, wie er in dem Falle der Erteilung einer dasselbe Recht verkörpernden Ersatzurkunde für die ausgehändigte bisherige Urkunde begegnet, unerheblich. Bei einem solchen Stückumtausch wird die Verkörperung des Rechts nicht unterbrochen, so daß Eigentum und sonstige Rechte am Papier sich unmittelbar an den neuen Stücken fortsetzen. So z. B. bei dem Umtausch ohne Talons ausgegebener Anleihepapiere gegen neue Stücke mit neuen Coupons; R.Ger. XXXIII Nr. 24. Oder bei dem Stückumtausch von Aktien im Falle der Herabsetzung des Nennwerts; R.Ger. b. Seuff. LI Nr. 193. Oder beim Umtausch beschädigter Stücke; vgl. die folgende Anm.

[126] Im Falle einer die Erkennbarkeit nicht aufhebenden, jedoch die Um-

Digitized by Google

abhanden gekommen, so kann er, bis er es wiedererlangt, das Recht aus dem Papier nicht ausüben und gerät überdies in Gefahr, das Recht endgültig zu verlieren, wenn ein redlicher Dritter das Papiereigentum erwirbt oder ein unredlicher Inhaber das Recht durch Ausübung verbraucht.

Eine Abhülfe gewährt auch hier die gerichtliche Kraftloserklärung[127]. Sie ist bei vernichteten oder abhanden gekommenen Inhaberpapieren keineswegs ohne weiteres, sondern nur auf Grund eines besonderen Rechtssatzes zulässig[128]. Ihre Zulässigkeit wurde jedoch durch die deutsche Gesetzgebung zur Regel erhoben[129] und durch das neue gemeine Recht für Schuldverschreibungen auf den Inhaber und für Inhaberaktien allgemein, jedoch mit dem Vorbehalt der Ausschliefsung durch eine in der Urkunde selbst enthaltene Bestimmung, ausgesprochen[130]. Aus-

---

laufsfähigkeit beeinträchtigenden Beschädigung oder Verunstaltung hat der Inhaber das Recht, gegen Kostenvorschuſs vom Aussteller die Erteilung einer neuen Urkunde anstatt der ausgehändigten alten Urkunde zu verlangen; B.G.B. § 798, H.G.B. § 229. — Natürlich steht es im Ermessen des Ausstellers, auch für ein vernichtetes oder unkenntlich gewordenes Inhaberpapier ein Ersatzpapier zu gewähren. Für den Fall des überzeugenden Nachweises hat der Preuſsische Staat schon in der V. v. 16. Juni 1819 dies versprochen, vgl. Brunner S. 221. Das Reich ist nach der R.Sch.O. § 16 dazu verpflichtet.

[127] Vgl. oben § 108 Anm. 64.

[128] Schumm a. a. O. S. 55 ff., 74 ff., Beseler § 87 X, Kuntze S. 720, Wolff S. 68 ff., Bluntschli § 118, Stobbe III 213 ff., Brunner S. 222, Gengler § 130. — A. M. Gönner S. 255 ff., Mittermaier § 274 VII, Thöl § 232. Aber die Amortisation ist nicht aus dem Wesen des Inhaberpapiers abzuleiten; sie ist ein aus Billigkeitsgründen eingeführtes künstliches Hülfsmittel, das manchen Bedenken unterliegt, da die Billigkeit gegen den Verlierer zur Unbilligkeit gegen den redlichen Inhaber ausschlagen kann, wenn dieser vom Aufgebot nichts erfährt.

[129] Die zahlreichen Landesgesetze b. Kuntze S. 723 ff., Wolff S. 74 ff., Brunner S. 222 ff., Stobbe § 180 Anm. 20 (b. Lehmann § 255 Anm. 28). Für Reichsschuldverschreibungen Nordd. B.G. v. 9. Nov. 1867, R.G. v. 12. Mai 1873 usw. Hinsichtlich der Inhaberaktien vgl. Renaud, Aktienges. S. 447 ff., R.Ger. XI Nr. 94. Vgl. Österr. G. v. 15. Febr. 1860 u. 3. Mai 1868 b. Randa S. 362. Schweiz. O.R. Art. 849—856. — Unbekannt ist die Amortisation von Inhaberpapieren dem französ. R., das aber einen Ersatz für sie ausgebildet hat (unten Anm. 137). Ohne Ersatz verwirft sie das italien. R.; Bruschettini S. 485 ff. In Bayern war die Amortisation der Staatspapiere und sonstigen öffentlichen Papiere auf den Inhaber ausgeschlossen; V. v. 17. Aug. 1813; Schumm S. 218 ff.; Wolff S. 79.

[130] B.G.B. § 799, H.G.B. § 228. Rückwirkung nach E.G. zum B.G.B Art. 174, zum H.G.B. Art. 25. Vgl. auch R.Sch.O. § 17—19, 21.

Digitized by Google

genommen sind alle auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen und die Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine[181], sowie der Regel nach die Karten und Marken des täglichen Verkehrs[182]. Die Einleitung des Aufgebotsverfahrens erfolgt auf Antrag des letzten Inhabers, der die Urkunde nach ihrem wesentlichen Inhalt und ihren Unterscheidungsmerkmalen (Nummern usw.) beschreiben und den Besitz und Verlust glaubhaft machen mufs, hierzu jedoch vom Aussteller die erforderliche Mitwirkung beanspruchen kann[183]. Kommt infolge des Aufgebots das aufgebotene Inhaberpapier zum Vorschein, so wird das Aufgebotsverfahren eingestellt und dem Antragsteller die Verfolgung seines Rechtes am Papier gegen den nunmehrigen Inhaber überlassen. Bleibt dagegen das Aufgebot erfolglos, so wird das Papier durch Ausschlufsurteil für kraftlos erklärt. Derjenige, der das Ausschlufsurteil erwirkt hat, kann auf Grund desselben das nunmehr entkörperte Recht geltend machen; er kann aber auch vom Aussteller die Wiederverkörperung des Rechts in einem neuen Inhaberpapier fordern[184].

Bis zur rechtskräftigen Kraftloserklärung behält das aufgebotene Inhaberpapier, falls es noch vorhanden ist, sowohl seine Umlaufsfähigkeit[185] wie seine Legitimationskraft[186]. Nach der neueren Gesetzgebung wird aber auf Antrag mit der Einleitung des Aufgebotsverfahrens eine gerichtliche Zahlungssperre ver-

---

[181] B.G.B. § 799. Doch gilt für ältere Papiere dieser Art (einschliefslich der zu älteren Hauptpapieren neu ausgegebenen Nebenpapiere) das bisherige Recht fort; E.G. Art. 174 u. 175. Meist schliefst schon das bisherige Recht die Amortisation aus; Brunner S. 222, 223, 227 Anm. 34. — Vgl. Schweiz. O.R. Art. 857—858.

[182] B.G.B. § 807, mit Vorbehalt landesgesetzlicher Vorschriften über Kraftloserklärung und Zahlungssperre im E.G. Art. 102 Abs. 1. Vgl. Brunner S. 224.

[183] B.G.B. § 799 Abs. 2. Einen Anspruch auf Hinterlegung oder Erfüllung gegen Sicherheitsleistung schon während des Verfahrens hat er hier nicht.

[184] B.G.B. § 800, H.G.B. § 228. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschiefsen.

[185] R.O.H.G. V 241. Die Regeln über Erwerb und Verlust von Eigentum und dinglichem Recht an Inhaberpapieren bleiben daher anwendbar; Pappenheim S. 87 ff.; Brunner S. 226 ff.

[186] Der Aussteller wird daher, vorbehaltlich des oben Anm. 93—94 Bemerkten, durch Zahlung oder durch Aushändigung von Nebenpapieren an den Inhaber befreit; er gerät sogar, wenn er die Leistung weigert und die Weigerung sich als objektiv ungerechtfertigt herausstellt, in Verzug.

Digitized by Google

bunden, die den Aussteller ermächtigt und verpflichtet, einstweilen jedem Präsentanten des Papiers die Leistung zu verweigern[137].

Bei manchen Inhaberpapieren gewähren einzelne Gesetze dem letzten Inhaber das Recht, sich ohne Kraftloserklärung das Recht aus dem vernichteten oder abhanden gekommenen Papier durch rechtzeitige Verlustanzeige an den Aussteller für den Fall zu erhalten, dafs die Entkräftung des Papiers durch Zeitablauf eintritt, ohne dafs inzwischen ein Anderer das Papier vorgelegt oder das Recht aus dem Papier gerichtlich geltend gemacht hat[138]. Das bürgerliche Gesetzbuch spricht dieses Recht dem letzten Inhaber eines vernichteten oder abhanden gekommenen Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheines zu[139], sieht aber die Ausschliefsung des Anspruches durch Vermerk in dem Scheine vor[140].

2. So lange das Inhaberpapier in Kraft besteht, bleibt auch das in ihm verbriefte Recht in Kraft.

---

[137] C.Pr.O. § 1019—1022. Ähnlich schon bisher nach vielen deutschen Gesetzen; Brunner S. 225 ff. Vgl. auch Schweiz. O.R. Art. 851 Abs. 2. Die Zahlungssperre umfafst nach der C.Pr.O. auch die Ausgabe neuer Coupons oder Erneuerungsscheine, nicht aber die Einlösung schon ausgegebener Coupons. Ist die Einleitung des Aufgebotsverfahrens nicht sofort statthaft, so kann die Zahlungssperre schon vorher verfügt werden. — Manche Gesetze kennen eine gerichtliche Zahlungssperre als Ersatz der unzulässigen Kraftloserklärung. So einige deutsche Amortisationsgesetze, die nach E.G. zum B.G.B. Art. 174 Abs. 2 u. Art. 175 anwendbar bleiben, bei Coupons; Brunner S. 227 Anm. 36. Allgemein das frühere bad. R.; Brunner S. 227 Anm. 31. — Bald als Folge der Zahlungssperre, bald als selbständige Mafsregel begegnet auch eine gerichtliche Anweisung des Ausstellers, das vorgelegte Papier anzuhalten; Brunner S. 226 ff. — Im französ. R. dient als Ersatz der Amortisation die „Opposition“, die nicht nur die Einlösung, sondern auch den Umlauf sperrt; Brunner S. 228, Bruschettini S. 479 ff., R.Ger. XXX Nr. 48.

[138] So Preufs. A.G.O. I, 51 § 140 fakultativ bei Pfandbriefen. Bayr. Ges. v. 29. Sept. 1861 Art. 5 anstatt der Amortisation bei Staatsschuldscheinen. Württemb. Ges. v. 18. Aug. 1879 Art. 14. Insbesondere aber schon bisher viele Gesetze für nicht amortisierbare Coupons. Vgl. Brunner S. 227 Anm. 35 u. S. 233 ff.; Gengler S. 474. Der Anspruch unterliegt meist einer kurzen Verjährungsfrist; Brunner S. 235.

[139] B.G.B. § 804 Abs. 1 (nach E.G. Art. 174 auch bei älteren Scheinen). Entscheidend ist die Vorlegungsfrist. Der Anspruch verjährt in 4 Jahren. — Ähnlich Schweiz. O.R. Art. 857.

[140] B.G.B. § 804 Abs. 2. Ohne besonderen Vermerk ist der Anspruch bei den Zinsscheinen zu Reichsschuldverschreibungen (R.Sch.O. § 16) und nach Landesrecht (kraft E.G. Art. 100 Z. 2) auch bei den Zinsscheinen zu Schuldverschreibungen des Staats und anderer öffentlicher Verbände (Preufs. A.G. Art. 17 § 2, Braunschw. § 26, Lüb. § 46) ausgeschlossen.

Digitized by Google

Alle Erlöschungsgründe, die das Recht aus dem Papier treffen, wirken bis zur Entkräftung des Papiers nur relativ. Das Recht aus dem Papier ruht daher zwar so lange, als sich das Papier in der Hand eines Inhabers befindet, der den Erlöschungsgrund gegen sich gelten lassen mufs. Es wird aber ohne weiteres von neuem wirksam, sobald das Inhaberpapier in die Hand eines Inhabers gelangt, dem der Erlöschungsgrund nicht entgegensteht. Demgemäfs wird der Aussteller durch Erfüllung, Erlafs, Vergleich usw., falls er sich das Inhaberpapier nicht aushändigen läfst, künftigen Inhabern gegenüber nicht befreit. Aber auch wenn er das Papier eingelöst oder durch Kauf, Erbgang usw. das Eigentum an ihm erworben hat, wird er, falls er das Papier nicht zerstört, künftigen Inhabern gegenüber durch die zeitweilig eingetretene Vereinigung von Recht und Pflicht nicht entbunden[141].

Die Entkräftung des Inhaberpapiers erfolgt durch Zerstörung, Kraftloserklärung oder Zeitablauf.

Zerstört wird das Inhaberpapier nicht blofs durch körperliche Vernichtung, sondern auch durch einen seine rechtliche Entwertung ersichtlich machenden Vermerk (Kassations-, Entkräftungs-, Ungültigkeitsvermerk). Befugt, das Papier auf die eine oder andere Art zu zerstören, ist dessen Eigentümer. Da der Aussteller nur gegen Aushändigung des Papiers zu leisten braucht und an dem ausgehändigten Papier das Eigentum erwirbt, ist er im Falle vollständiger Erfüllung stets in der Lage, mit dem Papier nach Belieben zu verfahren[142]. Dagegen kann er im Falle der Teilerfüllung weder die Aushändigung noch die Vernichtung, sondern nur die Teilentkräftung des Papiers durch entsprechenden Vermerk verlangen[143].

Durch rechtswirksame Kraftloserklärung wird, falls das Inhaberpapier noch vorhanden ist, dessen Zerstörung ersetzt[144].

Die Entkräftung durch Zeitablauf kann entweder Folge

[141] Vgl. dazu R.Ger. XVIII Nr. 2 S. 8—9.

[142] B.G.B. § 797. Entw. I § 688 gab ihm ein besonderes Vernichtungsrecht.

[143] Ebenso z. B. einen Vermerk über Aushändigung von Nebenpapieren, falls die Vorlegung der Haupturkunde einen Anspruch auf ihre Aushändigung gewährt.

[144] Bei der gerichtlichen Kraftloserklärung büfst das Papier die Eigenschaft eines Wertpapiers mit der Rechtskraft des Ausschlufsurteils ein, ohne dafs ihm dies anzusehen wäre. Inhaberaktien verlieren ihre Kraft auch in den oben § 108 Anm. 68 erwähnten Fällen.

Digitized by Google

der Versäumnis einer Vorlegungsfrist oder Folge des Eintritts der Verjährung sein [145].

Eine Vorlegungsfrist (Präsentationsfrist) kann vom Aussteller durch Vermerk in der Urkunde selbst beliebig bestimmt werden [146]. In Ermangelung einer gewillkürten Vorlegungsfrist gilt aber vielfach eine gesetzliche Vorlegungsfrist [147]. Das bürgerliche Gesetzbuch hat für alle Schuldverschreibungen auf Inhaber eine gesetzliche Vorlegungsfrist eingeführt, deren Dauer dreifsig Jahre nach dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit, bei Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen jedoch nur vier Jahre seit dem Schlusse des Jahres, in dem der Anspruch fällig geworden ist, beträgt [148]. Wird innerhalb der Vorlegungsfrist das Inhaberpapier dem Aussteller nicht zur Einlösung vorgelegt, so erlischt das Recht aus dem Papier und das Papier ist entkräftet [149]. Beginn und Lauf der Vorlegungsfrist werden durch die Zahlungssperre zugunsten des Antragstellers gehemmt [150]. Im übrigen kommen Hinderungsgründe in der Person des Berechtigten nicht in Betracht. Ausnahmsweise wird jedoch, wie schon erwähnt ist, dem Berechtigten, wenn er innerhalb der Vorlegungsfrist den Verlust des Inhaberpapiers beim Aussteller anmeldet, die verbriefte Leistung nach Ablauf der Vorlegungsfrist zugesichert [151].

---

[145] Das B.G.B. scheidet scharf zwischen Vorlegungsfrist und Verjährungsfrist. Der frühere Rechtszustand war sehr bunt und durch die vielfach ungenügende Ausscheidung der Vorlegungsfristen aus dem Verjährungsbegriff unsicher. Vgl. bes. Brunner S. 229 ff. — Über die Fortgeltung der bisherigen Bestimmungen über Verjährung der vor 1900 ausgegebenen Schuldverschreibungen vgl. E.G. Art. 174 Abs. 2.

[146] B.G.B. § 801 Abs. 3. Eine Präsentationsfrist ist oft auch gemeint, wenn kurze „Verjährung" bedungen ist; Brunner S. 232 ff.

[147] Über bisherige gesetzliche Präsentationsfristen (die oft „Verjährungsfristen" genannt werden) Brunner S. 232.

[148] B.G.B. § 801 Abs. 1—2.

[149] Die Entkräftung wirkt gegen Jedermann. Sie ist dem Inhaberpapier freilich nicht ohne weiteres anzusehen, aber doch aus der Vergleichung des Fälligkeitstermins mit dem gegenwärtigen Zeitpunkte erkennbar.

[150] B.G.B. § 802. Die Hemmung beginnt mit dem Antrag auf Zahlungssperre und endigt mit der Erledigung des Aufgebotsverfahrens, sowie im Falle einer vor Einleitung des Aufgebotsverfahrens verfügten Zahlungssperre auch dann, wenn die Einleitung des Aufgebotsverfahrens in sechs Monaten seit Wegfall des Hindernisses nicht beantragt ist. — Nach bisherigem Recht wirkt vielfach auch das Aufgebotsverfahren als solches hemmend; Brunner S. 234.

[151] Vgl. oben Anm. 138—140.

Digitized by Google

Die Verjährung der Ansprüche aus Inhaberpapieren richtet sich nach den für Rechte der betreffenden Gattung geltenden allgemeinen Regeln[152]. Zum Teil sind jedoch gesetzlich besondere Verjährungsfristen bestimmt[153]. Vorlegungsfristen und Verjährungsfristen können unabhängig von einander laufen oder mit einander in Verbindung gesetzt sein[154]. Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch verjährt, wenn innerhalb der Vorlegungsfrist das Inhaberpapier vorgelegt oder das Recht aus ihm gerichtlich geltend gemacht ist, der Anspruch aus dem Inhaberpapier in zwei Jahren vom Ende der Vorlegungsfrist an[155]. Auch die Verjährung wird durch Zahlungssperre zugunsten des Antragstellers gehemmt[156]. Im übrigen gelten für ihre Hemmung und für ihre Unterbrechung, soweit nicht ein Gesetz Abweichendes bestimmt, die allgemeinen Regeln[157]. Die Entkräftung des Inhaberpapiers infolge der Verjährung des Rechts aus dem Papier wird daher auch durch Hinderungsgründe in der Person des jeweilig Berechtigten aufgeschoben[158].

---

[152] Nach gemeinem (in Bayern festgehaltenem), preuſs. u. K. sächs. R. verjährte also der Anspruch im Zweifel in 30 Jahren, nach gemeinem Sachsenrecht in 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen; kürzere Verjährungsfristen für Zinsansprüche treffen auch die Ansprüche aus Zinsscheinen. Vgl. Brunner S. 229.

[153] So z. B. 10 Jahre in Preuſsen bei Rentenbriefen, in Hessen bei Anlehnslosen, in Baden bei couponlosen Staatspapieren (sonst 5 Jahre nach Fälligkeit des letzten Coupons); 5 Jahre in Württemberg (Ges. v. 18. Aug. 1869). Kürzere Fristen vielfach für die Ansprüche aus Coupons; so z. B. in Bayern und Hessen 5, für Dividendenscheine der Reichsbank und für Zinsscheine von Staatsanleihen in Preuſsen und Weimar 4, in Baden und Anhalt und bei Staatspapieren in Württemberg und Sachsen 3 Jahre seit der Fälligkeit; für andere Coupons in Preuſsen 4 Jahre seit Ablauf des Jahres der Fälligkeit. Vgl. Brunner S. 229 ff.

[154] Während die meisten Gesetze eine Verbindung herstellen, wollte Entw. I § 691 die Erlöschung durch Ablauf der Präklusivfrist und die Verjährung als zwei durchaus selbständige Institute nebeneinander stellen; vgl. Motive II 703 ff., Gierke, Entw. S. 234.

[155] B.G.B. § 801 Abs. 1—2. Durch Vereinbarung kann die Verjährungsfrist abgekürzt, nicht verlängert, sowie überhaupt die Verjährung erleichtert, nicht erschwert werden; § 225.

[156] B.G.B. § 802. Nach bisherigem Recht auch durch Einleitung des Aufgebotsverfahrens. Nach manchen Gesetzen tritt nicht Hemmung, sondern Unterbrechung ein. Vgl. Brunner S. 234.

[157] Das B.G.B. bestimmt nichts Besonderes. Wohl aber manche bisherigen Gesetze; Brunner S. 231.

[158] Brunner S. 230.

Digitized by Google

Die Entkräftung von Nebenpapieren erfolgt insoweit, als sie vom Hauptpapier abhängig sind, auch durch Entkräftung des Hauptpapiers[159]. Dagegen bleiben sie insoweit, als sie selbständig sind, trotz Entkräftung des Hauptpapiers in Kraft[160]. Darüber hinaus pflegt bei Zinsscheinen die Unabhängigkeit des im Scheine verkörperten Zinsanspruches von dem Bestande der Hauptforderung zugesagt zu werden, so dafs der einmal ausgegebene Zinsschein seine Kraft behält, wenn auch die Hauptforderung erlischt oder die Verpflichtung zu ihrer Verzinsung aufgehoben oder geändert wird[161]. Das bürgerliche Gesetzbuch erhebt eine derartige Verselbständigung der Zinsscheine zur gesetzlichen Regel, die stets eintritt, wenn nicht der Schein eine gegenteilige Bestimmung enthält[162]. Dafür ist aber der Aussteller solcher Zinsscheine berechtigt, bei der Einlösung der Hauptschuldverschreibung den Betrag der noch in Kraft stehenden Zinsscheine, die ihm nicht gleichzeitig zurückgegeben werden, in Abzug zu bringen[163].

---

[159] Erneuerungsscheine werden entkräftet, wenn das Hauptpapier infolge Erlöschens des in ihm verbrieften Rechts entwertet oder gerichtlich für kraftlos erklärt wird. Ebenso büfsen Gewinnanteilscheine, die zur Zeit der Verwirkung, Einziehung oder gerichtlichen Kraftloserklärung einer Aktie oder eines Interimsscheins noch nicht fällig sind, zugleich mit dem Hauptpapier ihre Kraft ein; Renaud, Aktienges. S. 441, H.G.B. § 228 Abs. 2; a. M. Kuntze S. 615 ff.

[160] Durch blofsen Verlust oder Untergang des Hauptpapiers wird nicht einmal Erneuerungsscheinen, geschweige denn anderen Nebenpapieren ihre Kraft entzogen. Die gerichtliche Kraftloserklärung des Hauptpapiers läfst alle Zins- und Rentenscheine und die fälligen Gewinnanteilscheine unberührt. Hinsichtlich der Entkräftung durch Zeitablauf unterliegt jeder Zins-, Renten- oder Gewinnanteilschein seinen besonderen Schicksalen.

[161] An sich mufs damit der noch nicht fällige Zinsschein ganz oder teilweise entkräftet werden. Das Gegenteil folgt nicht, wie Brunner S. 203 meint, aus der skripturrechtlichen Natur des Zinsscheins. Denn aus dem Zinsschein ist ja ersichtlich, dafs die in ihm verbriefte Forderung als Zinsforderung zu einer bestimmten Hauptforderung gehört, also von deren Dasein und Verzinslichkeit abhängt.

[162] B.G.B. § 803 Abs. 1. An der Natur der im Zinsschein verbrieften Forderung als Zinsforderung wird dadurch nichts geändert; R.Ger. V Nr. 69.

[163] B.G.B. § 803 Abs. 2. Nach Ablauf der Vorlegungsfrist jedes Zinsscheins mufs er dann den zurückbehaltenen Betrag gemäfs § 804 nachzahlen.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Gewere, Besitz und Grundbuchrecht.

§ 113. Die Gewere[1].

I. Begriff. Unter Gewere verstehen die Quellen des deutschen Mittelalters ein äufseres Verhältnis der Person zur Sache, das von der Rechtsordnung als Erscheinungsform eines Herrschaftsrechtes an der Sache anerkannt ist.

Der Begriff hat seinen Ausgang von der die Übertragung von Sachherrschaft versinnlichenden Handlung genommen, die als Bekleidung der Person mit der Sache vorgestellt und verdeutlicht wurde[2]. Ursprünglich war es der Akt der Einkleidung

---

[1] Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, Königsberg 1828. Gaupp, Z. f. D.R. I 86 ff. Brackenhöft, ebenda III 1 ff., V 133 ff. Sandhaas, Germanist. Abhandl., 1852, S. 81 ff. v. Gerber, Z. f. C.R. u. Pr. N.F. XI (1854) S. 1 ff. (Ges.Abh. S. 372 ff.). Stobbe, Encykl. v. Ersch u. Gruber, I, 65 S. 428 ff. Fr. Stein, Die Entwicklung u. Fortbildung des deut. Sachenrechts, Abt. I, Erlangen 1857. Rückert, Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher, Leipzig 1860. A. Heusler, Die Gewere, Weimar 1872. Laband, Krit. V.Schr. XV 378 ff. E. Huber, Die Bedeutung der Gewere im deut. Sachenrecht (Berner Festschrift f. Halle 1894). — Homeyer, Des Sachsenspiegel zweiter Teil, II 402 ff., 420 ff. Bruns, Das Recht des Besitzes im M.A. u. in der Gegenwart, Tübingen 1848, S. 283 ff. Walter, D.R.G. § 493 ff. Gierke, Gen.R. II 137, 142 ff.; Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, Jena 1897, S. 1 ff. Heusler, Inst. II § 79 ff. Siegel, R.G. § 142. Brunner, Grundzüge (2. Aufl.) S. 175 ff. v. Amira, Recht S. 155 ff., 3. Aufl. S. 129 ff. Schröder, D.R.G. S. 274 ff., 714 ff. H. Meyer, Entwerung u. Eigentum im deutschen Fahrnisrecht, Jena 1902, S. 1 ff. — Beseler, D.P.R. § 78. Stobbe, D.P.R. II 72 ff., Lehmann, ebenda II § 85 ff. Gerber-Cosack, D.P.R. § 68. — Über einzelne Seiten der Gewere: Delbrück, Z. f. D. R. XIV 207 ff.; Die dingliche Klage des deutschen Rechts, Leipzig 1857, S. 36 ff. v. Bar, Das Beweisurteil des germanischen Prozesses, Hannover 1866, S. 163 ff. Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächs. Rechtsqu., Königsberg 1869, S. 158 ff. Agricola, Die Gewere zu rechter Vormundschaft, Gotha 1869, S. 96 ff. v. Duhn, Deutschrechtliche Arbeiten, Lübeck 1877, S. 4 ff. Sohm, Zur Geschichte der Auflassung, in Strafsburger Festgabe für Thöl, 1879, S. 81 ff., 107 ff. Planck, Das deut. Gerichtsverfahren im M.A., I (1879) S. 500, 681 ff. Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, 1882, S. 173 ff. Hübner, Der Immobiliarprozefs der fränk. Zeit, Unters. z. D.St. u. R.G. Hft. XLII (1893) Dazu die in Anm. 1 zu § 117 angef. Schriften über Auflassung.

[2] Über den Zusammenhang mit der Vorstellung der gewerten Hand (manus vestita) und dem Sinnbilde der Bekleidung mit dem Handschuh (wanto)

Digitized by Google

selbst, der den Namen „gewere“ führte[3]. Lateinisch wurde daher dieser Name mit „vestitura“ oder „investitura“ wiedergegeben[4]. Frühzeitig wurde sodann der Name auf den Zustand des Bekleidetseins mit der Sache erstreckt und bedeutete daher die tatsächliche Sachherrschaft[5]. Mehr und mehr aber erhob sich der Begriff der Gewere von hier aus zu einem selbständigen Rechtsbegriff, der sich vom nackten Tatbestande löste. Die Gewere ist nun ein Rechtsverhältnis, das nur da und überall da vorliegt, wo eine äußerlich wahrnehmbare Herrschaftsbeziehung zu einer Sache als formelle Sachherrschaft anerkannt und gewährleistet wird[6]. Der so entwickelte Rechtsbegriff wird dadurch nicht verdunkelt, daß nebenbei der Name der Gewere auch für das von ihr ergriffene Objekt gebraucht wurde[7]. — In ähnlicher Weise wurde der germanische Gewerebegriff im französischen und englischen Recht unter dem Namen der saisina (saisine, seisin) fortgebildet[8].

II. Bedeutung. Die Gewere brachte den dem deutschen Sachenrecht eingeborenen Gedanken der Publizität zu allseitiger Entfaltung. Sie verhalf ihm zur Ausprägung in der doppelten

---

oder der Fechtbinde (andelang) vgl. Grimm, R.A. (4. Ausg.) I 209 ff., II 86 ff. Heusler, Inst. I 96 ff., Schröder, R.G. S. 62, 277: a. M. Brunner, Grundz. S. 175 Anm. 1.

[3] Das Wort kommt vom Stamme wern (got. vasjan, vestire); gleich oder ähnlich lautende Wörter, die von den Stämmen wern (defendere) und wërn (praestare) herrühren, wie were als Wehr und gewëre als Gewähr (warandia), wurden früh damit in Verbindung gebracht. Vgl. Grimm, R.A. II 143 ff.

[4] In der althochdeutschen Übersetzung des Cap. Ludovici P. v. 818 c. 6 wird „vestituram faciat“ mit „geweri gedue“ wiedergegeben; ed. Boretius I 282, 380, Kraut § 78 Nr. 1. In Fuldaer Traditionsurkunden heißt es gleichbedeutend von den Zeugen, daß sie „viderunt giweridam“ oder „viderunt vestitionem“; Droncke, Cod. dipl. Fuld. Nr. 446—448.

[5] „Vestitura“ als Besitz seit Anfang des 9. Jahrh. in Stellen b. Kraut § 68 Nr. 8—13. Vgl. ferner Stobbe, Gewere S. 429 ff.; Stein S. 15 ff., 47 ff.; Merkel, Z. f. R.G. II 155 ff.; Heusler, Gewere S. 1 ff., 50 ff.; Brunner, Rechtsgesch. der Urk. I 279 ff.

[6] So in der Zeit der Rechtsbücher.

[7] Gerade wie die Namen für das Sachenrecht selbst, eigen, lehen usw. Insbesondere heißt gewere oder were oft „Haus und Hof“; Albrecht S. 12 ff.; Stobbe, Gewere S. 433 ff. Dann auch die Hausgemeinschaft („Kinder in der Were“; „Was in der Were stirbt, erbt wieder an die Were“).

[8] Heusler, Gewere S. 239, 336 ff., Brunner a. a. O. S. 284. — Champeaux, Essai sur la vestitura ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français, Paris 1899; darüber Stutz, Z. f. R.G. XXXIII 327 ff. — Über die seisin im engl. R. Pollock and Maitland II 29 ff. — Über die Entwicklung in Italien Pertile IV 483 ff.

Digitized by Google

Richtung, dafs einerseits jedes Herrschaftsrecht an einer Sache, um voll wirksam zu werden, in offensichtliche Erscheinung treten mufs, andererseits die gehörige sachenrechtliche Erscheinungsform, bis sie sich etwa als blofser Schein erweist, selbständige Rechtswirkungen äufsert.

Im Einklange mit ihrem Ursprunge ist die Gewere stets das Kleid des Sachenrechtes geblieben. Sie ist nur die äufsere Seite des Sachenrechts; das materielle Sachenrecht hat von je hinter ihr gestanden und ist von ihr niemals verschlungen worden[9]. Allein sie ist die allgemeine Form, in der das Sachenrecht zur Erscheinung gelangt[10]. Das System der Gewere umspannt das gesamte Sachenrecht und bildet die notwendige Ergänzung des Systems der dinglichen Rechte. Jede Gewere ist der Ausdruck eines in ihr behaupteten dinglichen Rechtes und jedes dingliche Recht hat den Anspruch auf Darstellung in einer Gewere. Es ist möglich, dafs Gewere und dingliches Recht auseinanderfallen; dann gebührt dem inneren Verhältnis der Vorrang; das wahre Recht hat die Macht, die Form des Rechtes zu zerbrechen, wenn diese sich als leer erweist. So lange aber, bis sie gehörig gebrochen ist, hat die Gewere den Schein des Rechtes für sich und drängt die Frage nach dem materiellen Sachenrecht in den Hintergrund. In dieser Scheidung der äufseren und der inneren Seite des Sachenrechts offenbart sich derselbe deutschrechtliche Grundgedanke, der auf vielen anderen Gebieten schöpferische Kraft entfaltet hat.

Da die Gewere im deutschen Recht eine ähnliche Rolle spielt, wie im römischen Recht die possessio, mag man sie auch den deutschen Besitzesbegriff nennen. Aber mit dem römischen und auch mit dem modernen Besitzesbegriff deckt sie sich nicht[11].

---

[9] Hierin irrte Albrecht, bes. § 10 u. 12.

[10] Diese Auffassung, angedeutet b. Gierke, Gen.R. II 137 („das formale und nach aufsen gekehrte Element" des Sachenrechts), ist von Huber a. a. O. S. 45 ff. überzeugend begründet und durchgeführt worden.

[11] In der Anpassung des Gewerebegriffes an den römischen Besitzesbegriff geht namentlich Heusler zu weit; Gewere S. 50 ff., 114 ff., Inst. II 20 ff. Ebenso Laband, Vermögensr. Kl. S. 159 ff.; Sohm a. a. O.; Schröder S. 714 ff.; Cosack b. Gerber § 68; Lehmann b. Stobbe § 85. Diese Tendenz führt dazu, dafs widerstrebende Erscheinungen teils weggedeutet, teils durch Fiktionen erklärt werden. Andererseits ist nicht damit zu helfen, dafs man sagt, Gewere bedeute bald Besitz, bald Recht auf den Besitz. So Stobbe, Gewere S. 435 ff., Krit. V.Schr. XI 249 ff., D. P.R. § 72 Anm. 7a u. § 94 Anm. 23; Planck a. a. O. S. 549 Anm. 1, 551 Anm. 4, 552 ff., 681, 687; Brunner in Holtzendorffs Encykl. (5. Aufl.) S. 273 (anders jetzt Grundzüge

Digitized by Google

Vielmehr reicht sie vermöge gesteigerter Abhebung des Rechtlichen vom Tatsächlichen weit über ihn hinaus. Sie hat daher auch eine viel umfassendere Bedeutung. Mit den Funktionen, die sie mit dem Besitze teilt, verbindet sie die Funktion eines allgemeinen sachenrechtlichen Legitimationsmittels, das nicht blofs der Behauptung und Geltendmachung des in ihr erscheinenden materiellen Rechtes dient, sondern auch für Jedermann eine vom materiellen Recht unabhängige formelle Rechtslage herstellt, der man im Verkehr trauen kann. Gerade darum trug sie die Kraft in sich, das ganze Sachenrecht durchdringend zu gestalten, den Gegensatz von Liegenschafts- und Fahrnisrecht zu sichtbarem Ausdruck zu bringen und den Ausbau der einzelnen dinglichen Rechte von der formalen Seite her zu leiten.

Der einheitliche Gewerebegriff ist uns verloren gegangen. Aber das durch ihn vermittelte System der Publizität hat die Herrschaft im deutschen Sachenrecht zurückerorbert. Heute wie im Mittelalter gilt das Prinzip, dafs alle Sachenrechte an die Erscheinung in einer sie offensichtlich machenden Form gebunden sind, dafs aber dieser Form zugleich die Wirksamkeit eines selbständigen dinglichen Rechtsverhältnisses innewohnt. Ein geschichtliches Verständnis des geltenden formellen Sachenrechts ist nur durch die Aufdeckung seiner Herkunft aus dem Geweresystem zu gewinnen. Dabei ist aber zu beachten, dafs die Gewere nur den kleineren Teil ihrer Kraft auf den heutigen Besitz vererbt hat, während der kraftvollste von ihr hervorgetriebene Sprofs im modernen Grundbuchrecht fortlebt.

III. Arten. Der Begriff der Gewere unterlag einem reichen Differenziierungsprozefs. Erst vermöge seiner Verzweigung in Arten gewann er die rechtliche Färbung, die ihn zu seiner weltgeschichtlichen Rolle befähigte.

1. Verschieden ist vor allem die Grundlage, an die der Bestand eines als Gewere anerkannten Herrschaftsverhältnisses geknüpft wird.

a. Leibliche Gewere. Die Rechtsordnung sieht zunächst auf die tatsächliche Sachherrschaft und schreibt dem die Gewere zu, der sich durch Machtausübung als Herrn der Sache erweist. Die Quellen reden von „hebbender" oder „brukender" Gewere[12].

S. 179); Immerwahr, Verschweigung S. 27. Auch hierbei wird mit einem den deutschen Quellen fremden Besitzesbegriff operiert und ihm zuliebe die Einheit des Gewerebegriffes zerstört.

[12] Richtst. Landr. Art. 21 § 4; Richtst. Lehnr. c. 29 § 7; Stück von der

Digitized by Google

Wir können dafür den Ausdruck „leibliche" Gewere verwenden. Die leibliche Gewere fordert ein Haben oder Brauchen der Sache, somit eine tatsächliche Gewalt. Sie fordert aber aufserdem den Schein einer Rechtsherrschaft. Damit Gewere vorliegt, mufs die Machtausübung als Rechtsausübung auftreten, sie mufs die Behauptung eines vorhandenen dinglichen Rechtes einschliefsen[13]. Darum steht, wenn ein Verwalter die Sache unter sich hat, die Gewere nicht dem Verwalter, sondern durch ihn dem Herren zu[14]. Dagegen ist das Dasein der Gewere von dem Dasein des in ihr erscheinenden Rechtes unabhängig[15]. Vollkommen ist freilich nur die mit dem Recht an der Sache übereinstimmende, die rechtmäfsige oder in diesem Sinne „rechte" Gewere[16]. Allein Gewere ist auch die kraft Mangels im Rechtsgrunde unvollkommene Gewere[17]. Ja selbst die auf positives Unrecht gestützte Gewere bleibt Gewere, wenn sie auch vom Recht als „raubliche" Gewere mifsbilligt wird[18].

Die tatsächliche Sachherrschaft nun aber, der die Gewere entspringt, äufsert sich von vornherein bei Liegenschaften und bei Fahrnis in ungleicher Weise. Sie hat ihren Schwerpunkt dort im „Brauchen", hier im „Haben".

An Liegenschaften bekundet sich die Sachherrschaft in der wirtschaftlichen Nutzung. Die leibliche Gewere hat daher, wer das Gut „in Nutz und Gelde" hat[19]. Man nutzt aber das

---

Beweisung bei Homeyer a. a. O. I 364; Dortm. Stat. IV, 4 u. 158 b. Frensdorff S. 109 u. 146; Bremer Stat. v. 1303 Ord. 6.

[13] Huber S. 22 ff., 42 ff.

[14] So bei Liegenschaften (Sächs. Lehnr. Art. 62 § 1) wie bei Fahrnis (Sachsensp. III Art. 6 mit Glosse). Vgl. Heusler, Gewere S. 117 ff., Laband S. 161, Huber S. 25 ff.

[15] Huber S. 41.

[16] Sächs. Lehnr. Art. 14 § 1; Wasserschleben, Rechtsq. I 227 c. 73, 386 c. 34. Vgl. Heusler, Gewere S. 146; Schröder S. 715; Lehmann b. Stobbe S. 197 ff.

[17] Wenn es in dem Respons. Imperat. c. a. 820 c. 1 (Boretius I 296, Kraut § 68 Nr. 11) heifst, eine vestitura, die nicht iusta atque legitima sei, dürfe eigentlich nicht vestitura genannt werden, so ist dies nur ein starker Ausdruck für die Unvollkommenheit. Vgl. Sachsensp. II Art. 24 § 1, Sächs. Lehnr. Art. 60 § 1.

[18] Sachsensp. II Art. 25 § 1; Schwabensp. (L.) c. 76 II. Auch „betrigliche gewere" begegnet; Wasserschleben a. a. O. S. 227 c. 73. Vgl. Huber S. 44.

[19] Sächs. Lehnr. Art. 14 § 1; Richtst. Landr. c. 26 § 6; Blume v. Magdeb. I 167. Die Dortmunder Stat. sagen „in heve und in bore"; Frensdorff S. 109, 136, 141. Das kl. Kaiserr. braucht „nutz" gleich „gewere"; II, 36 u. 112. Vielfach ist von „nutz und gewer" die Rede. Näheres b. Stobbe,

Digitized by Google

Gut nicht nur, wenn man unmittelbar seine Früchte erntet, sondern auch, wenn man Früchte aus ihm bezieht oder als Entgelt für den Fruchtgenuſs Zins oder Dienst empfängt[20]. Trägt die Sache keine Frucht, so besteht ihre Nutzung in dem Gebrauche oder dem für Gebrauchsüberlassung bezogenen Zinse[21]. Somit ist Gewere an einem Grundstücke ohne körperliche Inhabung möglich. Wer als Herr eines Gutes aus ihm Nutzen zieht, hat an ihm eine Gewere. Andererseits aber hat auch der auf dem Gute sitzende Wirt, wenn und soweit er es kraft eines behaupteten dinglichen Rechtes für sich nutzt, eine Gewere am Gute. Hieraus folgt, daſs an demselben Grundstücke gleichzeitig mehrfache Gewere bestehen kann[22]. Nur die unmittelbare Gewere, die in den Quellen „ledigliche" Gewere heiſst, kann jeweilig nur Einem zustehen[23].

An Fahrnis äuſsert sich die Sachherrschaft im „Haben". Die Gewere deckt sich daher hier mit „Gewahrsam"; sie entsteht durch Ergreifung oder Übergabe und endet durch Verlust oder

---

Gewere S. 450 ff., Laband S. 160 ff., Heusler, Gewere S. 115 ff., Franken' Französ. Pfandr. I 110 ff.

[20] Sächs. Lehnr. Art. 14 § 1: „svie so it in nut und gelde hat und den tins dar ut nimt." Vetus auctor de benef. I, 40. Richtst. Lehnr. c. 29 § 2: de den tins darut boret. Schwabensp. (L.) c. 22: so setze her im einen zins daruz, damit hat er die gewere. Vgl. Laband S. 161 ff.; Heusler a. a. O. S. 116 ff.; Huber S. 24.

[21] So bei städtischen Häusern. Man darf daher dem Mieter nicht mit Stobbe, D.P.R. II 16, u. Heusler, Gewere S. 119, die Gewere deshalb absprechen, weil er vom Hause keine Früchte zieht. Denn dann hätte der Eigentümer, der das Haus selbst bewohnt, auch keine Gewere. Ebenso gäbe dann die Erbleihe an Wohnhäusern keine Gewere. Brünner Schöffenb. c. 284 ist römisch. Vgl. im übrigen unten Anm. 55.

[22] Laband S. 160; v. Amira S. 160; Huber S. 28 ff.; Brunner, Grundz. S. 176. — Grundsätzlich abweichend Stobbe, Gewere S. 464 ff., D.P.R. II 16 ff.; Heusler, Inst. II 25 ff. (anders zum Teil noch Gewere S. 125 ff., 160); Planck I 589, 683; Schröder S. 716; Lehmann b. Stobbe II 199 ff. Die widerstrebenden Quellenzeugnisse werden meist sehr künstlich beseitigt. Ein Verlegenheitsbehelf ist es, wenn Lehmann a. a. O. in drei Fällen neben der allein wahren „absoluten" Gewere, die notwendig einheitlich sei, eine „relative" Gewere annimmt, die auf Fiktion beruhe.

[23] Sachsensp. I, 34 § 2, II, 57; Schwabensp. (L.) c. 216; Magdeb. Fr. I 2, 26. Vgl. v. Amira S. 160. Nur dies, daſs bei Leiheverhältnissen ledigliche Gewere nur Einer haben könne, will Sächs. Lehnr. Art. 14 § 2 mit dem von allen Gegnern der mehrfachen Gewere an die Spitze gestellten Ausspruche sagen: „doch mut enes die gewere sin." Dies zeigt schon die Vergleichung mit Art. 38 § 2.

Digitized by Google

Weggabe des Sachkörpers[24]. Doch gilt dies nur insoweit, als das einzelne Fahrnisstück den Gegenstand einer besonderen Gewere bildet. Insoweit dagegen Fahrnisstücke als Bestandteile eines Sachganzen erscheinen, sind sie der am Sachganzen begründeten Gewere mitunterworfen. In diesem Sinne ergreift die Gewere an einem Grundstücke zugleich alle auf ihm („in der Were") befindliche Fahrnis[25], während die besondere Gewere am einzelnen Fahrnisstück, falls sie damit nicht in Einklang steht, den Vorrang behauptet[26]. Ähnlich verhält es sich, wenn eine nach Art der liegenschaftlichen Gewere behandelte Gewere an einem Fahrnisinbegriff als solchem anerkannt wird[27].

Von dem ungleichen Ausgangspunkte her hat die Gewere im Liegenschaftsrecht und im Fahrnisrecht sich fortschreitend differenziiert. Der ganze Begriff der Gewere empfing auf beiden Gebieten eine verschiedene Färbung, indem er hier an das Körperliche gebunden blieb, dort sich mehr und mehr vom Körperlichen abhob[28].

b. Ideelle Gewere. So konnte denn auch das Liegenschaftsrecht neben der leiblichen Gewere eine von tatsächlicher Sachherrschaft unabhängige Gewere ausbilden. Es schuf die „ideelle" (unkörperliche) Gewere[29].

Diese Erscheinung wurzelt in dem das ganze germanische Liegenschaftsrecht durchdringenden Öffentlichkeitsprinzip.

---

[24] Sachsensp. II Art. 25, 60, III Art. 7 § 4. Laband S. 159; Stobbe, D.P.R. II 13 ff.; v. Amira S. 160.

[25] Albrecht S. 19 ff.; Stobbe, Gewere S. 432 ff., 438 ff.; Heusler, Gewere S. 58, 62, 66, 278 ff. Eine Anwendung macht Sachsensp. I, 20 § 4.

[26] Dies verkennen Albrecht a. a. O. u. Heusler a. a. O. S. 281. Vgl. gegen sie Laband, Krit. V.Schr. XV 418 ff., Stobbe, D.P.R. II 13 Anm. 18. Richtig Huber S. 41. Vgl. dazu oben § 104 Anm. 33.

[27] Wie die Gewere des Mannes an der Fahrnis der Frau (Sachsensp. I, 31 § 2), die Gewere an Gerade, Morgengabe usw.; Heusler, Gewere S. 285 ff.

[28] Hiermit hängt die von Heusler, Inst. I 332 ff., richtig beobachtete, jedoch zu unhaltbaren Schlußfolgerungen benützte Neigung des Sprachgebrauches zusammen, sich vornehmlich nur bei Liegenschaften der Wendungen zu bedienen, in denen die Gewere als besonderes Rechtsverhältnis „an" der Sache bezeichnet wird. Stärker noch übertreiben Sohm a. a. O. S. 108 u. Franken a. a. O. I 292, wenn sie der Fahrnisgewere die Bedeutung eines Rechtsbegriffes überhaupt absprechen.

[29] Sie wird auch nach dem Vorgange von Albrecht a. a. O. S. 23 ff. „juristische" Gewere genannt. Brunner, Grundz.³ S. 177, nennt sie „unkörperliche" Gewere. Im französ. Recht begegnet „saisine de droit" gegenüber der „saisine de fait". Die deutschen Quellen sprechen einfach von „gewere".

Digitized by Google

Da alle Herrschaft an Grund und Boden auf ursprüngliche Zuteilung seitens der Gemeinschaft zurückging, und jeder Wechsel in dieser Herrschaft sich fort und fort unter Kontrolle und Gewähr der Gemeinschaft vollzog, so behandelte die Gemeinschaft den, der offensichtlich zur Herrschaft über ein Grundstück berufen war, als Träger einer rechtlich anerkannten formalen Sachherrschaft. Die öffentliche Berufung erschien daher als ausreichender Grund, um dem Berufenen eine Gewere an der Liegenschaft zuzuschreiben[80].

Unmittelbar setzt seit alter Zeit der in die Hausherrschaft einrückende Erbe die Gewere des Verstorbenen fort[81]. Unmittel-

---

[80] Der Streit um Dasein und Wesen der ideellen Gewere steht im Mittelpunkte des Streites um die Gewere. Doch sind die Versuche, ihr Dasein überhaupt zu bestreiten, so ziemlich erledigt, seitdem Heusler, der das Buch über die Gewere vornehmlich dem Kampfe gegen sie gewidmet und nur die Erbengewere verschont hatte (S. 172 ff.), in den Institutionen (II 33 ff.) den Standpunkt gewechselt und Laband für sein noch radikaleres Vorgehen (Krit. V.Schr. XV 397 ff.) nur wenige Nachfolger (z. B. Gengler, D.P.R. § 38) gefunden hat. Dagegen ist der Meinungsstreit über das Wesen der ideellen Gewere ungeschlichtet. Immer wieder sucht man sie am römischen Besitzesbegriff zu messen. Die Einen zwängen sie unter den Begriff des „Besitzes", indem sie das „corpus possessionis" bald durch Fiktion beschaffen (so Heusler, Gewere S. 172 ff., Sohm a. a. O. S. 29 ff. [unter Erdichtung eines constitutum possessorium], Lehmann b. Stobbe II 200 ff., vgl. auch schon Sandhaas a. a. O. S. 117 ff.), bald in der bloſsen Möglichkeit tatsächlicher Herrschaft finden (so Cosack, Der Besitz des Erben S. 33, Huber a. a. O. S. 33 ff., vgl. auch schon Eichhorn § 156). Die Anderen fassen sie als „Recht zu besitzen" auf (so Homeyer a. a. O. S. 420 ff., Stobbe, Planck, Brunner u. Immerwahr an den oben Anm. 11 angeführten Stellen). Allein die ideelle Gewere ist weder possessio noch jus possidendi, sondern eben „gewere". Hätte der römische Besitzesbegriff Anspruch auf Allgemeingültigkeit, so müſste man der Ansicht Gerbers zustimmen, daſs die Gewere ein juristisch unfaſsbarer Begriff sei (Ges.Abh. S. 376 ff.). In Wahrheit führt kein anderer Weg zum Ziel, als der, den Albrecht betrat, indem er einen zugleich selbständigen und einheitlichen Gewerebegriff suchte. Nur darf man um der ideellen Gewere willen die Gewere weder, wie dies Albrecht und seine Nachfolger (z. B. Gaupp a. a. O. u. Kraut, Vorm. II 346 ff.) mit der Annahme eines dem an sich klaglosen dinglichen Rechte selbständig zur Seite stehenden Rechts zur gerichtlichen Vertretung der Sache und Andere auf andere Weise getan haben, zu einem besonderen dinglichen Rechte im materiellen Sinn erheben, noch mit Delbrück (a. a. O. S. 36 ff.) oder v. Bar (a. a. O. S. 169 ff.) zu einem bloſsen Prozeſsrechtsinstitut abschwächen.

[81] Albrecht a. a. O. S. 32 ff.; Renaud, Z. f. Rechtsw. u. Gesetzg. d. Ausl. XIX 99 ff., 279 ff., 371 ff., XX 55 ff.; v. Bar S. 185 ff.; Cosack, Der Besitz des Erben, Weimar 1877, S. 25 ff.; Heusler, Inst. II 33 ff., 365 ff.; Huber S. 38 ff.; Schröder, R.G. S. 717. Vgl. Sächs. Lehnr. Art. 6 § 1: die vader erft uppen sone die gewere des gudes mit sament dem gude. — Be-

Digitized by Google

bar aber geht auch unter Lebenden die Gewere durch rechtsförmliche Auflassung über[32]. So verschafft auch ein gerichtliches Urteil, das Jemandem ein Grundstück zuspricht, ihm daran alsbald die Gewere[33]. Andererseits wird die Gewere an einem Grundstücke durch gewaltsame oder sonst rechtswidrige Besitzentsetzung nicht verloren[34].

In allen solchen Fällen ist die Gewere möglicher Weise noch nicht oder nicht mehr mit tatsächlicher Sachherrschaft verbunden. Die leibliche Gewere kann also einem Anderen zustehen[35]. Gibt

---

stritten wird die Erbengewere von Laband, Krit. V.Schr. XV 397 ff., und von Behrend, Anevang und Erbengewere, Berlin 1885. — Dafs die Erbengewere, von der im Erbrecht näher zu reden ist, ihren Ursprung in der Berufung zur Herrschaft über Haus und Hof und somit im Liegenschaftsrecht hat, steht aufser Zweifel.

[32] Albrecht S. 63 ff.; Stobbe, Gewere S. 456 ff., D.P.R. II § 94 Anm. 23; v. Bar S. 177 ff.; v. Meibom, Pfandr. S. 326; Brunner, Zur Rechtsgesch. d. Urk. I 272 ff.; Sohm a. a. O. S. 81 ff.; Heusler, Inst. II 34 ff.; Huber S. 38 ff. Vgl. Sächs. Lehnr. Art. 39 § 3: of en man enem anderen gut uplet vor sime herren, tohant so hevet he die gewere an 'me gude. Rechtsb. n. Dist. I, 31 d. 1. Richtst. Lehnr. c. 29 § 7. — Bestritten wurde der Erwerb der Gewere durch Auflassung früher von Heusler, Gewere S. 187 ff. u. 242, vorübergehend auch von Stobbe, D.P.R. 1. Aufl. II 169. Aufrecht steht noch der Widerspruch von Laband a. a. O. S. 403 ff.

[33] Albrecht S. 37 ff.; Stobbe, Gewere S. 459 ff.; v. Bar S. 183 ff.; Heusler Inst. II 37. Vgl. Sachsensp. III Art. 82 § 2; Sächs. Lehnr. Art. 39 § 1; Richst. Landr. c. 23 § 5. — Bestritten von Homeyer a. a. O. S. 423, früher auch von Heusler, Gewere S. 188 ff.

[34] Albrecht S. 31 ff.; v. Bar S. 188 ff.; Heusler, Gewere S. 269 ff., Inst. II 46; Lehmann b. Stobbe II 200 ff.; Cosack b. Gerber S. 125. Vgl. Schwäb. Lehnr. Art. 96: swem man sine gewer mit gewalte nimt, der verliuset weder gewer noch lehen. Andere Stellen b. Stobbe, Gewere S. 478. — Bestritten von Homeyer a. a. O. S. 413 u. 423, Laband, Vermögensr. Kl. S. 184 ff., Krit. V.Schr. XV 411 ff., Stobbe, D.P.R. II 20 (anders Gewere S. 463 ff.).

[35] Das Gegenteil behauptet Heusler, Inst. II 25 ff. u. 83. Allein die Quellen erkennen unzweifelhaft die einer ideellen Gewere widersprechende tatsächliche Sachherrschaft als „gewere" an. Darum schützen sie sogar die raubliche Gewere (Sachsensp. II Art. 24 § 1) und bezeichnen den Dejizierten trotz des Fortbestandes seiner Gewere als „entwert" (Bayr. L.R. c. 203 u. 205; hiervon ist auch Sächs. Lehnr. Art. 11 § 1 u. 22 § 4 zu verstehen). Um so weniger versagen sie dem Besitze an Sachen, an denen die Gewere einem Anderen anerstorben ist, die Geltung als Gewere; vgl. Sächs. Lehnr. Art. 5 § 2 mit Art. 57 § 1. Gleiches gilt für den bei der Auflassung zurückbehaltenen oder ohne Auflassung übertragenen Besitz; vgl. z. B. Sachsensp. I Art. 9 § 5. Ebenso konkurrieren ideelle Gewere des Einen und leibliche Gewere des Anderen, wenn ein Grundstück aufgelassen ist, das ein Dritter be-

Digitized by Google

auch die ideelle Gewere einen Anspruch auf Erlangung oder Wiedererlangung der leiblichen Gewere[36], so ist doch inzwischen eine doppelte Gewere vorhanden[37].

Die ideelle Gewere hat das deutsche Liegenschaftsrecht in die Formen gegossen, in denen es bis zur Gegenwart sich bewegt und entfaltet hat. Dem Fahrnisrecht ist sie fremd geblieben. Insoweit aber die Fahrnis als Zubehör von Haus und Hof oder als ein Bestandteil eines Vermögensganzen in Betracht kommt, hat die ideelle Gewere auch für sie eine Bedeutung[38].

c. Rechte Gewere. Die Gewere verstärkt sich durch längeren offensichtlichen und unangefochtenen Bestand.

Bei Liegenschaften und bei Fahrnis ist im älteren Rechte dreitägige körperliche Inhabung erforderlich, um eine neu erlangte Gewere gehörig zu befestigen[39].

Sodann kann eine unrechtmäfsige Gewere dadurch, dafs der Entwerte nicht binnen Jahr und Tag klagt und erforderlichenfalls die Klage jährlich erneut, den ihr anhaftenden Fehler abstreifen[40].

---

sitzt; Sachsensp. III Art 82 § 2. Vgl. Planck I 531 ff.; Lehmann b. Stobbe II § 85 Anm. 33.

[36] Vgl. unten Anm. 77—81.

[37] Was das Verhältnis beider Geweren zueinander betrifft, so vermag sich die leibliche Gewere der ideellen Gewere gegenüber nicht zu behaupten, sie müfste denn auf einem selbständigen und von dem Rechtsgrunde der ideellen Gewere nicht berührten Titel beruhen; Sachsensp. III Art. 82 § 2. Im Verhältnis zu Dritten dagegen bleibt die Kraft der leiblichen Gewere unverkürzt, während die blofs ideelle Gewere zwar gleichfalls gegen Dritte wirkt, jedoch nur die einer öffentlichen Berufung zukommenden Wirkungen (z. B. hinsichtlich der Verschweigung von Ansprüchen) hervorbringt.

[38] Insbesondere als Erbengewere und infolge der Erstreckung der Auflassung auf Vermögensganze.

[39] Die „sessio triduana“ wird zur Offensichtlichmachung des Überganges von Gewere an einer Liegenschaft gefordert und geübt, wenn alsbaldige Rückgabe des Gutes zu Leih- oder Nutzungsbesitz erfolgen soll; Albrecht S. 194 ff., Beseler, Erbv. I 71 ff., 144 ff., 164. ff., v. Bar S. 178 ff., Laband S. 241 ff., Brunner, Urk. S. 296, Heusler, Inst. II 35, 37, 118, Schröder, R.G. S. 287, 717, Huber S. 36 ff. Beim Lehnsauftrage stellt Sachsensp. I Art. 34 § 2 sogar die (wohl theoretisch gebliebene) Forderung eines Besitzes von Jahr und Tag auf. — An Fahrnis wird die durch Übergabe begründete Gewere erst nach dreitägigem Besitz gegen den Veräufserer, falls dieser den Besitz zurückerlangt, wirksam; Sachsensp. III Art. 83 § 1. Auch bei unfreiwilligem Besitzverlust gewinnt die neue Gewere dem Verlierer gegenüber erst nach drei Tagen Bestand; L.Sal. 37. Vgl. Lehmann b. Stobbe II 208 u. 209, H. Meyer S. 11.

[40] Sächs. Lehnr. Art. 22 § 4, auch Art. 10 § 5; Wasserschleben,

Digitized by Google

Vor allem aber steigert sich im Liegenschaftsrecht die gehörig begründete Gewere zur rechten Gewere (im engsten Sinne des Worts), wenn sie Jahr und Tag ohne gerichtliche Anfechtung bestanden hat[41]. Da die rechte Gewere sich aus dem mit der gerichtlichen Auflassung verbundenen richterlichen Aufgebot entwickelt hat, setzt sie ursprünglich eine durch gerichtliche Auflassung erworbene Gewere voraus[42]. Doch wurde sie später in manchen Gegenden von dieser Grundlage gelöst und in jedem Falle angenommen, in dem eine für Jedermann ersichtliche Gewere an einem Grundstücke Jahr und Tag unangefochten bestanden hat[43]. Auch wurde die erforderliche Frist oft verändert[44]. Das Wesen der rechten Gewere besteht in einer sehr erhöhten Widerstandskraft gegen Bruch. Sie trägt ihren Rechtfertigungsgrund in sich selbst, so dafs, wer sie für sich hat, einem prozessualen Angriffe gegenüber den Rechtsgrund seines Besitzes nicht darzulegen braucht, vielmehr die Rechtmäfsigkeit seines Besitzes durch seine (nach sächsischem Recht eidlich zu verstärkende) Behauptung erhärtet[45]. Zugleich aber gewährt sie eine gesteigerte Sicherheit

Rechtsq. I 293; Schwabensp. (L.) c. 209; Kl. Kaiserr. II c. 109 (mit verkürzter Frist von 6 Wochen und 3 Tagen). Vgl. Heusler, Inst. II 37 ff. (wo aber mit Unrecht Sachsensp. II Art. 44 § 1 hierauf bezogen wird).

[41] Sachsensp. II Art. 44 § 1: Svelk gut en man in geweren hevet jar unde dach ane rechte wedersprake, die hevet dar an ene rechte gewere. — Vgl. Albrecht S. 99 ff.; Stobbe, Gewere S. 467 ff., D.P.R. II § 74; Stein a. a. O. S. 98 ff.; v. Bar S. 206 ff.; Laband, Vermögensr. Kl. S 292 ff.; R. Löning, Der Vertragsbruch I 442 ff.; Heusler, Gewere S. 237 ff., Inst. II 103 ff.; Planck I 627 ff., 633 ff., 641 ff.; Sohm, Z. f. R.G. XIV 53 ff.; Brunner ib. XVII 235 ff. (Forsch. S. 736 ff.); v. Duhn a. a. O. S. 1 ff.; Immerwahr a. a. O. S. 26 ff.; Schröder, R.G. S. 719 ff.; Lehmann b. Stobbe II § 87; Huber S. 15 u. 51.

[42] Dies ist durch die Forschungen von Sohm, Brunner, v. Duhn, Planck, Heusler, Immerwahr usw. aufser Zweifel gestellt, während früher die gegenteilige Ansicht durch Laband zur Herrschaft gelangt war. — Leibliche Gewere ist nicht erforderlich; Immerwahr S. 25, Lehmann b. Stobbe II 218 Anm. 12. A. M. Heusler, Gewere S. 242 ff., Inst. II 106 Anm. 13.

[43] So namentlich in süddeutschen Rechten; Stobbe-Lehmann II § 87 Anm. 4 u. 11, Heusler, Inst. II 111 ff.

[44] Es begegnet eine Verlängerung, aber auch eine Verkürzung (in süddeutschen Städten auf 6 Wochen und 3 Tage); vgl. Stobbe-Lehmann a. a. O., Heusler a. a. O., Huber, Schweiz. P.R. IV 712 ff., Beyerle, Das Salmannenrecht, Heidelb. 1900, S. 142 ff.

[45] Sachsensp. I Art. 9 § 5; vgl. Laband S. 336 ff. — Das salfränkische Recht forderte keinen Eid; Brunner, Z. f. R.G. XVII S. 238 ff., Forsch. S. 740 ff.

Digitized by Google

gegen Anfechtung auf Grund materieller Sachenrechte. Denn mit ihrem Eintritt fällt die regelmäfsige Verschweigung der nicht etwa schon vorher verschwiegenen Anfechtungsrechte Dritter zusammen[46]. Doch ist auch die rechte Gewere nicht schlechthin unanfechtbar. Vielmehr kann sie immerhin noch auf Grund eines widerstreitenden materiellen Sachenrechts gebrochen werden, wenn ihm ein Anfechtungsrecht entspringt, dessen Verschweigung einen längeren Zeitraum erfordert[47].

Vereinzelt ist die rechte Gewere auch in das Fahrnisrecht eingedrungen[48].

2. Je nach dem Rechtskreise, innerhalb dessen die Gewere Anerkennung und Schutz geniefst, wird seit der Ausbildung des Lehen-, Dienst- und Hofrechts von der landrechtlichen Gewere die lehn-, dienst- oder hofrechtliche Gewere unterschieden. So lange Lehn-, Dienst- und Hofrecht für das Landgericht kein Recht sind, rechnet das Landrecht den ritterlichen und bäuerlichen Leihbesitz dem Herrn zu. Dagegen hat nach Lehn- und Dienstrecht der freie oder unfreie Vasall und nach Hofrecht der Bauer die Gewere am Leihegut. Und zwar ist diese vom Herrn eingeräumte Gewere für das Lehn-, Dienst- oder Hofgericht das Kleid einer so vollständigen Sachherrschaft, wie sie innerhalb des hier gewährleisteten Rechtskreises überhaupt möglich ist[49]. Als dann zuerst das Lehnrecht, dann das Dienstrecht und zuletzt auch das Hofrecht ihre Schranken durchbrechen und

[46] Vgl. oben Bd. I 311 ff. — Wer bei der gerichtlichen Auflassung anwesend war oder hätte anwesend sein sollen, wird mit den verschwiegenen Ansprüchen sofort ausgeschlossen; Sachsensp. II Art. 6 § 4, Richtst. L.R. 25 § 3; Heusler, Inst. II 106. — Über den Umfang der Rechte, die der Verschweigung ausgesetzt sind, vgl. Stobbe, Gewere S. 475 ff., Laband S. 321 ff., Planck I 628 ff., 636 ff., Heusler a. a. O. S. 108 ff., Immerwahr S. 34 ff.

[47] So die Anfechtungsrechte der durch echte Not, Abwesenheit oder Unmündigkeit Behinderten; oben Bd. I 312 Anm. 15; Stobbe-Lehmann II § 87 Anm. 8; Immerwahr S. 18 ff. Zum Teil auch das Anfechtungsrecht des wahren Erben, wenn ein Nichterbe veräufsert hat; Gosl.Stat. 26, 25, oben Bd. I 311 Anm. 14.

[48] So nach dem Rechte von Riga (Napierski S. 6 u. 34) und einzelnen Weistümern (Grimm, W. I 77, IV 283, V 214). Vgl. Stobbe-Lehmann II 216 Anm. 5, Immerwahr S. 32, H. Meyer S. 151 ff.

[49] Vgl. Heusler, Gewere S. 51 ff. u. 121 ff.; Huber S. 26 ff. u. 29 ff. — Das Lehnrecht behält auch dem Vasallen, der das Gut an einen Aftervasallen weitergeliehen hat, seine Lehnsgewere vor; Sächs. Lehnr. Art. 38 § 2. Lehmann b. Stobbe II 202 ff. greift hier wie bei der hofrechtlichen Gewere zur Fiktion, um die Einheitlichkeit der Gewere zu retten.

Digitized by Google

auch vor dem Landgericht als Recht gelten, mufs auch die Gewere nach Lehn-, Dienst- oder Hofrecht zugleich als Gewere nach Landrecht erscheinen. Nur ist sie für das Landrecht nicht vollständige, sondern unvollständige Gewere, über der die landrechtliche Gewere des Herrn fortbesteht[50].

3. Nach dem Inhalte der in ihr erscheinenden Sachherschaft ist die Gewere voller oder beschränkter, scheidet sich daher seit der Sonderung des Eigentums und der begrenzten dinglichen Rechte in die Eigengewere (egenlike gewere) und die mannigfachen Arten beschränkterer Gewere[51]. Die Eigengewere bringt behauptetes Eigentum an der Sache zum Ausdruck[52]. Ihr gegenüber stellt sich für den Bereich des Landrechts, wie schon bemerkt ist, die Gewere des Vasallen oder Hofbauern an seinem Gut als blofse Leihegewere dar. Ebenso aber entspricht den im Landrecht und im Stadtrecht ausgebildeten freien Erbleihen eine vererbliche Leihegewere (Erbzinsgewere)[53]. Lebenslängliches

---

[50] Nach der Ansicht von Heusler, Inst. II 28 ff., Lehmann S. 199 u. Huber S. 30 hätte nunmehr der Lehnsherr die Gewere ganz eingebüfst. Das ist schwer glaublich! Dafs der Lehnsherr nur Dienst, nicht Zins aus dem Gute zieht, steht seiner Gewere nicht entgegen. Sonst hätte ihm das Landrecht auch früher nicht die Gewere zuschreiben dürfen! Für die Gewere des Lehnsherrn vgl. Laband S. 160 u. früher Heusler, Gewere S. 125 ff. u. 160; auch Stobbe, Gewere S. 464 ff. u. D.P.R. II 17, u. Planck I 589 u. 683, die aber in den umgekehrten Irrtum verfallen, dem Vasallen für alle Zeit eine blofse Stellvertretung im Besitze zuzuschreiben. — Heusler, Inst. II 32, spricht auch dem Eigentümer eines Hofguts, falls dieses an einen Freien verliehen war, die Gewere nach Landrecht ab. Dies ist natürlich nur möglich, wenn man, wie dies Heusler a. a. O. S. 31 u. Stobbe, D.P.R. II 17, in der Tat tun, auch bei landrechtlichen Leihe- und Zinsverhältnissen keine Gewere des Herrn gelten läfst. Vgl. hiergegen Arnold, Zur Gesch. d. Eigent. S. 151 ff., Huber S. 28 ff.

[51] Albrecht, Gewere S. 127 ff.; Heusler, Gewere S. 149 ff.; Stobbe-Lehmann II 198 ff.; Landfriede Rudolfs v. 1281 § 16. Das Dasein des behaupteten Rechts ist nicht, wie Planck I § 74 annimmt, für den Begriff der entsprechenden Gewere erforderlich. Gewere ohne Rücksicht auf die Besonderheit ihres Rechtstitels heifst „gemene" oder „blote" gewere; Sächs. Lehnr. Art. 38 § 3 u. 74 § 2. Vgl. Huber S. 44.

[52] Sachsensp. II Art. 44 § 3. Die Eigengewere kann, wie das deutsche Eigentum selbst, bedingt und betagt sein. Eigengewere, aber auflösend bedingte Eigengewere, war ursprünglich auch die Gewere des Treuhänders; A. Schultze, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, Unters. z. D.St. u. R.G. XLIX, Breslau 1895, S. 76 ff.; Beyerle a. a. O. S. 18 ff.

[53] Arnold a. a. O. S. 164 ff.; v. Schwind, Zur Entstehungsgeschichte der freien Erbleihen, Unters. z. D. St. u. R.G. XXXV, Breslau 1891, S. 30;

Digitized by Google

Nutzungsrecht erscheint in einer Leibzuchtgewere[54], zeitlich begrenztes Nutzungsrecht in einer zeitlich begrenzten Gewere[55], Pfandrecht in einer Satzungsgewere[56]. Wer kraft einer Munt über die Person des Eigentümers zur Sachherrschaft berufen ist, hat eine Gewere zu rechter Vormundschaft[57]. Eigengewere und beschränkte Nutzungsgewere an der Sache oder sonstige Obergewere und Untergewere können gleichzeitig in Kraft stehen und sich als gegenwärtige Sachherrschaft betätigen[58].

4. Neben gegenwärtiger Gewere gibt es ruhende und anwartschaftliche Gewere.

Ruhende Gewere entspricht einem als bestehend anerkannten

Wopfner, Beiträge zur Geschichte der freien bäuerlichen Erbleihe Deutschtirols im Mittelalter, ebenda LXVII, Breslau 1903, S. 19, 103 ff.; Huber, Schweiz. P.R. IV 765 ff.

[54] Albrecht S. 223 ff.; Heusler, Gewere S. 159 ff.

[55] So bei der Zeitleihe (precaria) und der aus ihr entwickelten Zeitpacht; Stobbe, D.P.R. II 17 Anm. 25, v. Brünneck, Z. f. R.G. XIV 151 ff., Heusler, Inst. II § 82. A. M. Planck I 584, Lehmann b. Stobbe II 204 Anm. 40. Auch dem Mieter wurde meist Gewere zugesprochen und wohl nur da versagt, wo sein Recht nicht als dinglich galt; Huber S. 24 Anm. 51 u. S. 29 Anm. 63, Schröder, R.G. S. 715 Anm. 38.

[56] Albrecht S. 130 ff.; Stobbe, Gewere S. 436, D.P.R. b. Lehmann II § 85 Anm. 28; v. Meibom, Pfandr. S. 341 Anm. 245 u. 246. „Pandlyke gewere“ im Dithmars. L.R. v. 1567 Art. 87 § 13.

[57] Sachsensp. I Art. 31 § 2; Sächs. Lehnr. Art. 74 § 1; Grimm, W. IV 707 § 56—57; Albrecht S. 257 ff.; Heusler, Gewere S. 152 ff., Inst. II 26 u. 381. Zu vormundschaftlicher Gewere schwächt sich vielfach auch die Gewere des Treuhänders ab; Heusler, Inst. I 220.

[58] Dies ist bei allen Lehns-, Leihe-, Pacht- und Mietsverhältnissen, bei denen der Herr mittelbaren Nutzen aus der Sache zieht, der Fall; vgl. oben Anm. 22 u. 50. Eine eigenartige Form konkurrierender Eigengewere und vererblicher Nutzungsgewere findet sich bei dem (den Grundbesitz von Nichtbürgern ermöglichenden) städtischen Salmannseigen; Beyerle a. a. O. S. 32 ff., 49 ff., 146 ff. Auch bei der Leibzuchtsgewere kann die Eigengewere dadurch in Wirksamkeit erhalten werden, daß eine wenngleich nur formale Zinspflicht begründei wird, wie dies namentlich auch bei der Vergabung von Todeswegen mit Nießbrauchsvorbehalt oft geschah; Schwabensp. (L.) c. 22; Heusler, Gewere S. 52, Inst. II § 82 Anm. 2; Hübner, Die donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Nießbrauchs im älteren deut. R., Breslau 1888 (Unters. z. D. St. u. R.G. XXVI) S. 116; Huber, Schweiz. P.R. IV 606 ff.; Wopfner a. a. O. S. 19. (Gegen Heusler, der Inst. II 26 ff. auch hier die doppelte Gewere wegzudeuten sucht, vgl. Huber, Gewere S. 29, 31 ff.). Bei der vormundschaftlichen Gewere des Ehemanns wird die Eigengewere der Frau durch ihren Mitgenuß in Kraft gehalten; vgl. Sachsensp. I Art. 45 § 2: durch dat he mit ir in den geweren sit.

Digitized by Google

gegenwärtigen Sachenrecht, das zur Zeit keinerlei unmittelbaren oder mittelbaren Sachgenufs gewährt. Dieses Verhältnis liegt vor, wenn die Eigengewere oder eine andere Obergewere durch den Bestand einer ausschliefslichen Nutzungsgewere zeitweilig völlig aufser Funktion gesetzt ist[59]. Solche Gewere ist keineswegs schlechthin aufgegeben, erweist sich vielmehr dadurch als blofs ruhende Gewere, dafs ihr die Fähigkeit innewohnt, bei Wegfall der ihre Wirksamkeit ausschliefsenden Gewere ohne weiteres ihr Leben zu entfalten[60].

In ähnlicher Weise entspricht einem dinglichen Anwartschaftsrecht, das für einen bestimmten Fall künftige Sachherrschaft zusichert, eine anwartschaftliche (eventuelle, bedingte) Gewere, die eintretendenfalls von selbst zu gegenwärtiger Gewere erstarkt[61].

5. Der Gewere an körperlichen Sachen zur Seite entwickelte das mittelalterliche Liegenschaftsrecht eine Gewere an unkörperlichen Sachen, die als Rechtsgewere vorgestellt wurde[62].

---

[59] So bei Hingabe zu Leibzucht oder Vergabung mit Vorbehalt der Leibzucht ohne Ausbedingung eines Zinsgenusses für den Eigentümer; so bei unentgeltlicher Zeitleihe; so bei der Verpfändung. Vgl. Laband S. 164 ff., Heusler, Gewere S. 158 ff., Huber S. 27.

[60] Die Quellen schreiben dem Eigentümer den „Anfall" zu und sprechen von Vererbung und Veräufserung des Anfalls; Rechtsb. n. Dist. I, 30 d. 1; Glogauer Rechtsb. c. 16; Pauli, Abh. II 35, 37, 38; Sandhaas, Fränk. ehel. Güterrecht S. 293 ff.; Stobbe-Lehmann II § 85 Anm. 29. Dafs dabei der Gedanke einer ruhenden Gewere zugrunde liegt, zeigt sich in der Anwendung der Auflassungsform bei der Übereignung mit Leibzuchtsvorbehalt; vgl. Hübner a. a. O. S. 87 ff., 113 ff. So ist auch da, wo umgekehrt bei der Hingabe zu Leibzucht oder Pfand das Eigentum zurückbehalten wird, die Eigengewere nur stillgestellt, nicht erloschen. Man darf hier nicht mit Huber S. 27 nur von Nachwirkungen „früherer" Gewere reden. — Auch eine ruhende Leibzuchtsgewere kommt vor; so für die Frau während der Ehe; vgl. Sachsensp. I Art. 45 § 2 mit Sächs. Lehnr. Art. 2 § 3 u. Richtst. Lehnr. c. 25.

[61] So bei bedingter Übereignung; die aufschiebend bedingte Übereignung überträgt anwartschaftliche Gewere (so bei der donatio post obitum, Hübner a. a. O. S. 16 ff. u. 46 ff.), die auflösend bedingte Übereignung behält anwartschaftliche Gewere vor (so die Übereignung an den Salmann, oben Anm. 52). Ebenso bei dem Gedinge des Lehnrechts; Sächs. Lehnr. Art. 57 § 1, Art. 10 § 4. Dafs es stets heifst, der Gedingsmann darbe der Gewere (Sächs. Lehnr. Art. 5, 9 § 6, 57 § 1), steht dem Begriff der eventuellen Gewere, wie er sich einerseits aus der Begründungsform, andererseits aus den Wirkungen ergibt, nicht entgegen; vgl. Albrecht S. 284 ff.

[62] Bruns, Das Recht des Besitzes im M.A. S. 328 ff.; Stobbe, Gewere S. 476 ff., D.P.R. II § 72 Z. 7 (b. Lehmann § 85 Z. 8); Heusler, Gewere

Digitized by Google

Eine Rechtsgewere entspricht gewissen dinglichen Rechten. An sich kann jede beschränkte Sachgewere zugleich als Gewere an dem in ihr erscheinenden Recht und jede Gewere an einem begrenzten dinglichen Recht zugleich als beschränkte Sachgewere gedeutet werden[63]. Das mittelalterliche deutsche Recht blieb aber im allgemeinen überall da, wo das dingliche Recht einen Anspruch auf Inhabung des Sachkörpers in sich schliefst, bei dem Begriffe der Sachgewere stehen und nahm umgekehrt überall da, wo das dingliche Recht einen derartigen Anspruch nicht gewährt, eine blofse Rechtsgewere an. Somit gibt es eine Gewere an Reallastberechtigungen, insbesondere an Zins, Zehnten und Renten[64], und an Grundgerechtigkeiten[65]. Ebenso entsteht bei der neueren Satzung eine blofse Rechtsgewere[66].

Eine Rechtsgewere findet aber ferner an selbständigen liegenschaftlichen Gerechtigkeiten statt. Es gibt eine Gewere an Gerichtsherrlichkeit, Vogtei, Amtsgerechtsamen, Zollgerechtigkeiten, nutzbaren Regalien jeder Art, Gewerberechten, Zwangs- und Bannrechten usw.[67]. Insbesondere galt jedes Recht, das lehnbar war, auch als selbständiger Gegenstand der Gewere[68].

6. Nach dem Subjekt ist die Gewere entweder Sondergewere eines Einzelnen oder gemeinschaftliche Gewere. Der ganze Reich-

---

S. 274 ff. — Auch die Rechtsgewere kann eine blofs ideelle sein (Sächs. Lehnr. Art. 11 § 2) und sich zur rechten Gewere steigern (Syst. Schöffenr. IV, 1, 40, IV, 2, 69, V, 23). Ebenso ist eine Lehns-, Leibzuchts-, Satzungsgewere usw. an Rechten möglich.

[63] Spuren einer solchen Auffassung fehlen im Mittelalter nicht. Wenn aber Albrecht S. 158 ff., Bruns a. a. O. S. 331 u. 338, Beseler, D.P.R. S. 312 u. 315 ff. u. A., die Rechtsgewere ursprünglich in beschränkter Sachgewere aufgehen und eine selbständige Rechtsgewere nicht gelten lassen, so entspricht dies nicht dem Bilde, das die Quellen bieten. Vgl. Heusler, Gewere S. 275 ff.

[64] Sächs. Lehnr. Art. 11 § 2; Magdeb. Fr. II, 1, 4; Hamb. Stat. v. 1270 II Art. 1; Schöffen-Urt. b. Böhme, Beitr. VI 119; Gosl. Stat. S. 25 Z. 31 ff.; Heusler, Inst. I 338 ff., 357; Huber S. 26.

[65] Magdeb. Fr. I, 19, 2; Syst. Schöffenr. V, 23; Glogauer Rechtsb. 130; Heusler, Inst. I 339 ff.

[66] Magdeb. Fr. I, 6, 8. Näheres unten § 155 III.

[67] Sächs. Lehnr. Art. 11 § 2; Stellen b. Kraut § 68 Nr. 27—28; Heusler, Inst. I 336 ff. — Auch an dem Rechte der Besetzung von Schöffenstühlen, dem Privileg des ausschliefslichen Gerichtsstandes und anderen Privilegien wird Gewere anerkannt; Stobbe-Lehmann § 85 Anm. 41. Desgleichen an Wappen; Hauptmann, Wappenrecht S. 218.

[68] Homeyer, Sachsensp. II, 2 S. 283; Heusler, Gewere S. 275; Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 44—45.

Digitized by Google

tum deutscher Gemeinschaftsbildung spiegelt sich in den verschiedenen Formen der gemeinschaftlichen Gewere wider. Insbesondere entspricht der alten Genossenschaft eine genossenschaftliche Gesamtgewere [69], der Gemeinschaft zur gesamten Hand eine Gewere zu gesamter Hand [70].

IV. Wirkungen. Die Wirkungen der Gewere sind nach ihren Arten verschieden, beruhen aber auf gemeinsamen Grundgedanken. Den Ausgangspunkt bildet die an das Dasein der äufseren Form der Sachherrschaft geknüpfte rechtliche Vermutung für das Dasein des darin erscheinenden Rechts. Von hier aus gewann die Gewere ihre Bedeutung für die Verteidigung, die Verwirklichung und die Übertragung von Sachenrecht.

1. Rechtsverteidigung. Die in dem Kleide einer Gewere auftretende Sachherrschaft gilt als rechtmäfsig, bis das Gegenteil durch gerichtliches Urteil festgestellt ist. Gewere soll nur mit Urteil und Recht gebrochen werden. Bis sie aber gebrochen ist, hat sie Anspruch auf Fortbestand [71].

Darum verleiht die Gewere jedem aufsergerichtlichen Angriffe gegenüber das Recht der Selbstverteidigung. Im Notfalle ist hierzu die Anwendung von Gewalt erlaubt. Zu den Mitteln der Selbstverteidigung der Gewere an einem Grundstücke gehört die eigenmächtige Pfändung [72].

Gegen einen gerichtlichen Angriff mufs die Gewere mit den Waffen des Rechtes verteidigt werden. Sie verschafft aber im Streit um das Recht die günstigere Prozefslage [73]. Wer die Gewere hat, erscheint auch im Prozefs als der Angegriffene und geniefst die Vorteile dessen, der eine vorläufig als rechtmäfsig geltende Stellung verteidigt. Diese Vorteile gipfeln nach dem Bau des germanischen Prozesses in dem Vorzuge des Beweisrechts.

---

[69] Gierke, Gen.R. II 142 ff.; Wasserschleben I 431.

[70] Sächs. Lehnr. Art. 32 § 1: of sie't mit samender hant untvat unde gelike were dar an hebbet. Richtst. Lehnr. c. 28 § 2: ene samende were. Glogauer Rechtsb. 22: sampte wer (von Eheleuten).

[71] Treuga Henr. § 11; Sachsensp. II Art. 24, Art. 36 § 8, Art. 70; Sächs. Lehnr. Art. 38 § 4; Stadtr. v. Freiburg i. Ue. v. 1249 § 61. Vgl. Heusler, Inst. II 42 ff.; Huber S. 8 ff.; H. Meyer S. 3 ff.

[72] Oben Bd. I § 39.

[73] Regelmäfsig teilt sie ihrem Inhaber die Rolle des Beklagten zu; Goslar. Stat. S. 81 Z. 10. Allein auch der Kläger kann dem Gegenangriffe des Beklagten gegenüber in die vorteilhafte Lage des Verteidigers von Gewere kommen. Dies ist b. Heusler, Gewere S. 74 ff., 224 ff., Inst. II 43, nicht genügend berücksichtigt.

Digitized by Google

Der Inhaber der Gewere ist im allgemeinen näher zum Beweise des von ihm behaupteten Rechts, als der Gegner, der der Gewere darbt, zum Beweise seines widerstreitenden Rechts[74]. Steht Gewere gegen Gewere, so entscheidet über den Beweisvorzug die stärkere Gewere[75]. Die stärkste Gewere ist die rechte Gewere[76].

2. Rechtsverwirklichung. Da die Gewere eine Vermutung für das Dasein des in ihr erscheinenden Rechtes begründet, gibt sie einen Anspruch auf Verwirklichung des ihr entsprechenden Zustandes. Sie erleichtert daher auch den Angriff gegen eine ihr widersprechende Sachherrschaft. Eine ihr entgegenstehende fremde Gewere mufs freilich erst mit Recht gebrochen werden. Das Recht liefert aber der besseren Gewere auch für den Angriff geeignete Waffen.

Vor allem verleiht die ideelle Gewere einen Anspruch auf Herstellung der ihr gemäfsen tatsächlichen Sachherrschaft. Sie vermag daher eine ihr widerstreitende leibliche Gewere insoweit zu brechen, als diese nicht ihr gegenüber einen selbständigen Rechtsgrund für sich hat[77]. Der Inhaber der ideellen Gewere

---

[74] Sachsensp. I Art. 20 § 4—5 u. 7, III Art. 32 § 6; Richtst. Landr. c. 20 A § 2; Richtst. Lehnr. c. 28 § 2; Schwäb. Lehnr. Art. 10 b. — Die im einzelnen vielfach bestrittenen näheren Regeln gehören ins Prozefsrecht. Vgl. v. Bar a. a. O. S. 130 ff., Z. f. R.G. X 108 ff.; Laband a. a. O. S. 166 ff., Krit. V.Schr. XV 380 ff.; Heusler, Gewere S. 72 ff., 224 ff.; Planck I 500 ff.; Stobbe-Lehmann II § 86 Z. 6.

[75] Welche Gewere die stärkere ist, ergibt sich in den einzelnen Kollisionsfällen aus sehr verschiedenen Gesichtspunkten. Steht im übrigen alles gleich, so geht im Landgericht nach Sachsensp. II Art. 43 § 1 die Eigengewere der Lehnsgewere vor (wobei wohl an Berufung des Einen auf landgerichtliche Auflassung, des Anderen auf lehngerichtliche Verleihung zu denken ist, während kein Teil hebbende Gewere hat, vgl. Richtst. Landr. c. 27 § 1); desgleichen nach Sachsensp. II Art. 43 § 2 u. Richtst. Landr. c. 26 § 5 Erbengewere der Gewere aus Kauf oder Gabe; endlich im Lehngericht nach Sächs. Lehnr. Art. 41 u. Schwäb. Lehnr. c. 74 die Lehnsgewere der Gewere des Herrn am geliehenen Gut. Sehr verschiedenartige Erklärungsversuche finden sich b. Laband S. 206 ff., Heusler, Gewere S. 262 ff., Planck I 569 ff. Es handelt sich weder um einen Vorzug aus bloßer Behauptung von Gewere noch (wie bes. Heusler meint) um einen Vorzug bei der Zuerkennung streitiger Gewere, sondern um einen Vorzug im Beweise des Rechts, wenn eine vom Titel abgesehen gleiche Gewere feststeht.

[76] Oben Anm. 45.

[77] Die Erbengewere geht der durch Besitznahme nach dem Erbfalle, nicht aber der vorher erworbenen leiblichen Gewere eines Dritten vor. Die Urteilsgewere wirkt nur gegen den, dem die Gewere aberkannt ist, nicht gegen Dritte; Heusler, Inst. II 37. Die Gewere des gewaltsam Entwerten

Digitized by Google

mag sich des Besitzes bemächtigen[78]. Gelingt ihm dies nicht, so kann er, falls ihm die Gewere durch Urteil zugesprochen ist, gerichtliche Besitzeinweisung im Wege der Zwangsvollstreckung fordern. Den Vorteil eines urteilsmäfsigen Anspruches auf Besitzeinweisung bietet auch die gerichtliche Auflassung[79]. Im übrigen bedarf es einer Klage. Doch hat im Prozefs der Kläger, der sich auf ideelle Gewere berufen kann, den beweisrechtlichen Vorzug des Gewereinhabers. Hierin äufsert sich namentlich die praktische Bedeutung der Erbengewere[80]. Ebenso dient die Fortdauer der Gewere an Liegenschaften im Falle rechtswidriger Besitzentsetzung vornehmlich dem Zwecke, dem Entwerten die günstigere Prozefslage zu verschaffen[81].

Sodann hat auch eine ganz oder teilweise ruhende Gewere die Kraft, sich dann, wenn die Voraussetzungen für den Eintritt oder Wiedereintritt ihrer Wirksamkeit erfüllt sind, angriffsweise durchzusetzen. Ist die ihrer Wirksamkeit entgegenstehende Gewere überhaupt erloschen, so kann sich der nunmehr zur tatsächlichen Sachherrschaft Berufene des ihm angefallenen Gutes bemächtigen[82]. Hat die fremde Gewere durch den Wegfall des in ihr erscheinenden Rechtes nur den Rechtsboden eingebüfst, so mufs sie durch Klage

---

bricht nur die leibliche Gewere des Entwerers und seiner Besitznachfolger. Die Gewere kraft Auflassung geht zwar der jüngeren leiblichen Gewere vor, die der Veräufserer einem Dritten — sei es auch mit zweiter Auflassung — eingeräumt hat; Laband S. 272 ff., Stobbe II 189 (b. Lehmann S. 373), Huber S. 35, Richtst. Lehnr. c. 29 § 1. Sie versagt aber gegenüber älterer leiblicher Gewere eines Dritten; Sachsensp. III Art. 82 § 2. Und immer behauptet sich die leibliche Gewere, falls sie der ideellen Gewere gegenüber den mangelnden Rechtsgrund durch unangefochtenen Bestand von Jahr und Tag ersetzt hat oder gar zu rechter Gewere geworden ist; oben Anm. 40 u. 45, Richtst. Lehnr. c. 29 § 7.

[78] Albrecht S. 28, 70, 285; Heusler, Inst. II 33 ff., 562 ff.; Huber S. 35 u. 38. Über Besitzergreifung (Selbstinvestitur, Unterwindung) auf Grund erfolgter Auflassung auch Beseler, Erbv. I 33, Bewer, Sala, Traditio, Vestitura, Rostock 1880, S. 36 u. 83, Stobbe, D.P.R. II 189 (b. Lehmann S. 373); über Besitzergreifung des Erben Behrend a. a. O. S. 36 ff. u. 50 ff.

[79] Stobbe, Gewere S. 201 ff.

[80] Heusler, Gewere S. 181 ff., Inst. II 40 ff.; Planck I 528 ff. — Zum Teil wurde ein besonderes gerichtliches Besitzeinweisungsverfahren (in Anefangsform) ausgebildet; Behrend a. a. O. S. 7 ff., Heusler, Inst. II § 179.

[81] Laband S. 185 ff.; Heusler, Gewere S. 269 ff., Inst. II 38 u. 46; Planck I 534 ff.; Lehmann b. Stobbe II 212.

[82] So der Eigentümer beim Tode des Leibzüchters, da dessen Gewere nicht vererbt; ebenso der Lehnsherr hinsichtlich des heimgefallenen Lehns; Sächs. Lehnr. Art. 57 § 2.

Digitized by Google

gebrochen werden[83]. Soweit dann im Prozefs um den Bestand des Rechtes, auf das sich die Gewere des Beklagten stützt, gestritten wird, befindet sich freilich der Gegner in der günstigen Prozefslage dessen, der seine Gewere verteidigt. Steht aber die Erledigung des Rechtsgrundes der beschränkten Gewere fest, so kann der Kläger dem Anspruche auf Herausgabe der Sache seine ältere Gewere zugrunde legen[84]. Doch gewährt die ruhende Gewere nur an Liegenschaften ein Angriffsmittel gegen Jedermann[85]. Denn nur hier ist sie offenkundig. An Fahrnis wirkt sie, weil ihr Vorbehalt der Publizität entbehrt, vermöge des Satzes „Hand wahre Hand“ nur gegen den, an den die Sache gegeben war. Zur Begründung der Fahrnisklage auf Herausgabe einer weggegebenen Sache gehört daher die Behauptung, dafs der Gegner die Sache auf Grund eines ihn zur Rückgabe an den Kläger verpflichtenden Titels in seiner Gewere habe[86].

In ähnlicher Weise bewährt auch eine blofs anwartschaftliche Gewere, sobald die Bedingungen ihrer Wirksamkeit erfüllt sind, die ihrem Inhalte entsprechende Angriffskraft[87].

Endlich vermag auch ehemalige Gewere, falls sie ihrem Inhaber wider Willen ohne Recht entzogen ist, den Angriff gegen die gegenwärtige Gewere zu tragen. Denn in diesem Falle erscheint jede jüngere Gewere als mangelhaft, kann daher mit einer auf den unfreiwilligen Verlust der älteren Gewere gestützten Klage gebrochen werden. Diese Klage geht auch bei Fahrnis gegen

---

[83] So mufs der Verpfänder Verleiher, Verpächter usw. auf Wiedereinräumung der Sachherrschaft klagen, wenn ihm diese nach Erledigung des Rechtsverhältnisses vorenthalten wird. Vgl. Laband S. 132 ff., 252 ff.; Huber S. 10 ff.

[84] Auf sein materielles Recht an der Sache braucht er erst zurückzugehen, wenn ihm ein materielles Recht entgegengestellt wird.

[85] Laband S. 259 ff.; Huber S. 12. Hier genügt daher zur Begründung der Klage die Behauptung, dafs der Beklagte zu Unrecht (malo ordine) besitze; Hübner, Der Immobiliarprozefs der fränk. Zeit (Unters. z. D. St. u. R.G. XLII), Breslau 1893, S. 73 ff.

[86] Sachsensp. I Art. 15, II Art. 60; Laband S. 132 ff.; Huber S. 11 ff.

[87] Darum hat der Gedingsmann, dem eine Anwartschaft auf ein (bestimmtes oder unbestimmtes) Lehen verliehen oder anerstorben ist, eintretenden Falles das Recht, sich eigenmächtig des Gutes zu unterwinden, es müfste ihm denn der Herr mit der Besitzergreifung zuvorgekommen sein; Sächs. Lehnr. Art. 10 § 4, Art. 57 § 2—3, Schwäb. Lehnr. c. 13 § 1, c. 20 § 2—3. Gleiche Kraft hat zweifellos die durch donatio post obitum übertragene anwartschaftliche Eigengewere bei Eintritt ihrer Bedingung; Hübner, Don. post ob., S. 46 ff.

Digitized by Google

Jedermann[88]. Darum ist die Fahrnisklage auf Herausgabe von gestohlenem oder verlorenem Gut mit der Berufung auf den unfreiwilligen Verlust der Gewere ausreichend begründet. Der Berufung auf ein Recht an der Sache bedarf es nicht. Erst wenn der Gegner ein die Fortdauer seiner Gewere rechtfertigendes Recht an der Sache behauptet, entfaltet sich der Prozefs zum Streite um das bessere Recht. Und hierbei gewährt nun freilich die gegenwärtige Gewere der ehemaligen Gewere gegenüber die mit der Verteidigung von Gewere verbundene günstige Prozefslage[89].

3. Rechtsübertragung. Ist die Gewere das Kleid des Sachenrechts, so ist der Wechsel in der Trägerschaft dieses Kleides die Form, in der sich der Übergang von Sachenrecht vollzieht.

Darum ist die Einräumung von Gewere das sachenrechtliche Übertragungsmittel. Je nachdem Eigentum übertragen oder ein anderes dingliches Recht begründet oder übertragen werden soll, mufs Eigengewere oder die entsprechende beschränkte Sachgewere oder Rechtsgewere eingeräumt werden. Erst in und mit dem Erwerbe der Gewere vollendet sich der Erwerb des in ihr erscheinenden Rechtes. Diesen Gedanken hat das deutsche Recht folgerichtig durchgeführt. Es hat ihm aber im Fahrnisrecht und im Liegenschaftsrecht eine verschiedene Wendung gegeben und gerade hierdurch den ungleichartigen Ausbau beider Gebiete ermöglicht. Im Fahrnisrecht hat es an der ausschliefslichen Verwendung der Einräumung leiblicher Gewere als Rechtsübertragungsmittel festgehalten. Hier bindet es daher die Übertragung von Rechtsherrschaft an den Wechsel in der sinnlich wahrnehmbaren leiblichen Inhabung[90]. Im Liegenschaftsrecht dagegen hat es mehr und mehr die Begründung ideeller Gewere zum Rechtsübertragungsmittel erhoben. Hier verlegt es die Kraft der Ersichtlichmachung des rechtsverändernden Vorganges in dessen öffentliche Bekundung[91].

---

[88] Sie kann auch bei Liegenschaften vorkommen; allein so lange hier die Gewere des Entwerten fortdauert, hat dieser die weit kräftigere Klage aus gegenwärtiger (ideeller) Gewere, die dem Beklagten die Prozefsvorteile des Gewereinhabers abschneidet; oben Anm. 81.

[89] Sachsensp. II Art. 36; Richtst. Landr. c. 17. Vgl. Laband S. 107 ff.; Huber S. 12 ff. — Von der Bedeutung des Unterschieds der Klagen für die Sachenrechte selbst ist später zu reden. Vgl. unten § 129, § 134 I, § 138.

[90] Hiervon ist in der Lehre vom Eigentum und Pfandrecht an Fahrnis zu handeln. Vgl. unten § 133, § 169.

[91] Vgl. unten § 117.

Digitized by Google

Die Gewere verschafft aber zugleich die Legitimation zur Übertragung von Sachenrecht[92]. Die formale Sachherrschaft enthält formale Verfügungsmacht und legitimiert daher im Rechtsverkehr. Um Gewere einzuräumen, mufs man Gewere haben[93]. Somit ist die Verfügungsmacht des Verfügungsberechtigten durch Art und Mafs seiner Gewere bedingt. Andererseits verschafft auch Gewere ohne Verfügungsrecht eine formale Verfügungsmacht[94]. Hiermit ist freilich an sich keineswegs die Rechtsübertragung durch den Nichtberechtigten ermöglicht. Vielmehr hindert der Mangel im Rechte des Vorgängers auch dann, wenn die erforderliche Gewere erworben ist, den Erwerb des in ihr erscheinenden Rechtes. Allein jedenfalls ist der Schein des Rechtes mit der ihm entspringenden Vermutung für das Dasein des Rechtes und allen daran geknüpften Vorteilen erworben. Und im Erfolge kann die übertragene Gewere das anscheinend in ihr übertragene Recht selbst nach sich ziehen. Im Fahrnisrecht schützt die Beschränkung der Rechtsverfolgung an Sachen, die freiwillig aus der Hand gegeben sind, den dritten Erwerber, dem die leibliche Gewere in gehöriger Weise von dem äufserlich legitimierten Sachherrn übertragen ist, vor der Anfechtung des von ihm behaupteten Rechts durch den wahren Sachherrn. Im Liegenschaftsrechte aber tritt hier namentlich das Institut der rechten Gewere mit ihrer Mängel heilenden Kraft ergänzend ein.

V. Schutz. Die Gewere geniefst des gerichtlichen Schutzes. Sie soll nur mit Urtel und Recht gebrochen werden. Wird sie ohne Urtel und Recht gebrochen, so ist sie mit Urtel und Recht wiederherzustellen.

Das deutsche Recht kannte aber ursprünglich keine selbständigen Besitzschutzklagen, keine possessorischen Interdikte, keine Trennung von possessorischem und petitorischem Rechtsstreit[95]. Vielmehr wird die Gewerefrage als eine Vorfrage im

---

[92] Vgl. Huber S. 19 ff., 50 ff.

[93] Für das Fahrnisrecht folgt dies aus dem Erfordernisse der leiblichen Übergabe; für das Liegenschaftsrecht vgl. Rechtsb. n. Dist. II, 4 d. 8, Sächs. Lehnr. Art. 44 § 1 und Glosse dazu b. Homeyer S. 361, Vetus auctor I § 123; dazu Huber S. 20 ff.

[94] Huber S. 21 u. 51.

[95] Duncker, Z. f. D.R. II, 2 S. 34 ff.; Homeyer II, 2 S. 407; Bruns S. 285 ff.; Delbrück, Z. f. D.R. XIV 241 ff.; Laband S. 173 ff.; Planck I 687 ff.; Hübner, Immobiliarproz. S. 51 ff.; Huber S. 66 ff.; Stobbe-Lehmann II 210 ff.

Digitized by Google

Hauptverfahren um das Recht selbst entschieden. Es ergeht also, wenn die Gewere streitig ist, zunächst ein Zwischenurteil darüber, wer die Gewere oder doch die stärkere Gewere hat[96]. Hierbei gelten für den Beweis der Gewere besondere Regeln, deren Grundlage der Satz bildet, dafs die nachgewiesene ältere Gewere so lange als fortbestehend angenommen wird, bis ihre Verdrängung durch jüngere Gewere erwiesen ist[97]. Der Hauptzweck der Entscheidung über die Gewere besteht in der Herstellung der richtigen Prozefslage im Streite um das Recht selbst[98]. Doch kann zugleich die vorläufige Herstellung oder Wiederherstellung des der gerichtlich zuerkannten Gewere entsprechenden tatsächlichen Zustandes verlangt werden[99]. Hierin lagen die Keime eines selbstständigen Besitzschutzverfahrens, das im späteren Mittelalter unter dem Einflusse des kanonischen Rechts mehr und mehr ausgebildet wurde[100].

§ 114. Der Besitz[1].

I. Gewere und Besitz. Mit der Aufnahme der fremden Rechte drang in Deutschland der römische Begriff des Besitzes

[96] Laband S. 205 ff.; Heusler, Gewere S. 257 ff., Inst. II 45 ff.; Planck I 548 ff.; Richtst. Landr. c. 26 § 4; Richtst. Lehnr. c. 15 § 8.

[97] Vgl. Richtst. Lehnr. c. 29 § 2; Münchener Stadtr. Art. 106; Laband S. 201 ff.; Heusler, Gewere S. 100 ff. u. 258. — Liegt anscheinend alles gleich, so entscheidet das Mehrheitszeugnis der Nachbarn; bleibt auch die Umfrage bei den Nachbarn ergebnislos, so wird die Gewere gleich geteilt, kann aber auch ein Gottesurteil begehrt werden. Vgl. Sachsensp. III Art. 21, Sächs. Lehnr. Art. 40, Vetus auctor I § 98—100, Richtst. Landr. c. 26 § 6, Richtst. Lehnr. c. 29 § 3—5.

[98] Tatsächlich ist damit in vielen Fällen der Ausgang des Prozesses besiegelt; oft kommt es daher zu keinem weiteren Verfahren.

[99] Laband S. 188 ff.; Heusler, Gewere S. 269 ff., Inst. II 46; Stobbe-Lehmann II 212. Vgl. Grimm, W. I 180—181.

[100] Bruns S. 326 ff.; Stobbe II 23 (b. Lehmann S. 213); Schröder, Z. f. Deut. Altert. XIII 161 ff., Z. f. R.G. VII 131 ff., VIII 163 ff.; vgl. auch oben Anm. 80.

[1] v. Savigny, Das Recht des Besitzes, 1803, 6. Aufl. Giefsen 1836; 7. Aufl. v. Rudorff, Wien 1865. Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter u. in der Gegenwart, Tübingen 1848; Der ältere Besitz und das Poss. ord., Jahrb. d. gem. R. IV 1 ff.; Die Besitzklagen des röm. u. heut. R., Leipzig 1857. Randa, Der Besitz nach österr. R. usw., 1865; 4. Aufl. Leipzig 1895. v. Jhering, Der Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl. 1869 (aus Jahrb. f. D. IX 1 ff.); Der Besitzwille, Jena 1889; Art. „Besitz" im Handwörterb. der Staatswiss. (1. Aufl.) II 406 ff. (auch Jahrb. f. D. XXXII 41 ff.). Meischeider,

Digitized by Google

(possessio) ein. Das römische Recht wurde jedoch in der Umbildung aufgenommen, die es durch die italienische Doktrin unter starker Mitwirkung des kanonischen Rechts erfahren hatte[2]. Hierbei war mit den römischen Anschauungen und Sätzen eine Fülle germanischer Anschauungen und Sätze, die dem System der Gewere entstammten, zu einem teilweise wenig harmonischen Ganzen verwoben worden. Weitere germanische Bestandteile wurden der Besitzlehre in Deutschland eingefügt[3]. Diese Anpassung an das

Besitz und Besitzschutz, Berlin 1875/76. Liebe, Der Besitz als Recht in thesi, 1876. E. I. Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern, Leipzig 1880; Zur Reform des Besitzrechts, Jena 1891 (auch Jahrb. f. D. XXX 235 ff.); Der Besitz an beweglichen Sachen, Jahrb. f. D. XXXIV 1 ff.; Aphorismen zur Besitzlehre (Beiträge zur Auslegung des B.G.B. von Bernhöft u. Binder I 15 ff.). Seitz, Das heut. positive u. nationale Besitzrecht in seiner Unabhängigkeit von der röm. possessio, Berlin u. Leipzig 1880. Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht, Berlin 1888; Grundlagen der Besitzlehre (1884) in Vermischte Schriften I 23 ff. W. Kindel, Die Grundlagen des römischen Besitzrechts, Berlin 1883. Dernburg, Entwicklung u. Begriff des juristischen Besitzes des röm. R., 1883. Graf Piniński, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes nach gem. R., Leipzig 1885 u. 1888. Bähr, Jahrb. f. D. XXVI 244 ff. Kuntze, Zur Besitzlehre, 1890. H. H. Pflüger, Die sog. Besitzklagen des röm. R., Leipzig 1890. J. Biermann, Traditio ficta, Stuttgart 1891. F. Klein, Sachbesitz u. Ersitzung, Berlin 1891. P. Hirsch, Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes nach röm. R., Leipzig 1892. W. Stintzing, Zur Besitzlehre, 1892. Mandry, Arch. f. c. Pr. LXIII 1 ff. Kohler ib. LXIX 151 ff. Baron, Jahrb. f. D. XXIX 233 ff., XXX 197 ff. Strohal ib. XXX 235 ff., XXXIV 1 ff., XXXVIII 1 ff.; auch als Sonderschrift: Der Sachbesitz nach dem B.G.B., Jena 1897. Bartels b. Gruchot XLII 645 ff. Kniep, Der Besitz des B.G.B., Jena 1900. — Windscheid, Pand. I § 148 ff. Dernburg, Pand. I § 169 ff. — Beseler, D.P.R. § 79. Roth, D.P.R. III § 224 ff. Stobbe II § 75 ff.; Lehmann b. Stobbe II § 84 u. 89 ff. — Falck, Schlesw.-Holst. P.R. IV 43 ff. — Roth, Bayr. C.R. II § 129 ff. — Förster-Eccius, Preufs. P.R. III § 157 ff. Dernburg, Preufs. P.R. I § 148 ff. — Krainz, Österr. P.R. I § 166 ff. Pfersche, Österr. Sachenrecht I, Wien 1893. v. Canstein, Der Besitzschutz nach österr. R., Wien 1878. Heyfsler, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VII 46 ff. — K. S. Zachariae, Französ. C.R. I § 184 ff., b. Crome I § 154 ff. — Huber, Schweiz. P.R. III 107 ff. — Lehrbücher des bürg. R. von Cosack II § 185 ff., O. Lehmann (bei Enneccerus u. Lehmann) II 52 ff., Endemann II § 25 ff., Dernburg III § 10 ff., Landsberg S. 621 ff. Komm. zu B.G.B. III von Planck S. 28 ff., Kober S. 3 ff., Biermann S. 3 ff. — Ältere Literatur b. v. Savigny a. a. O. Einl. (b. Rudorff S. 543 ff.). Weitere Literaturangaben b. Windscheid § 148.

[2] Vgl. Bruns, Das Recht des Besitzes S. 98 ff., 127 ff., 246 ff.; Delbrück, Die dingliche Klage (oben § 113 Anm. 1) S. 87 ff.; Heusler, Gewere S. 297 ff.; Biermann, Traditio ficta S. 47, 68 ff.

[3] Bruns a. a. O. S. 373 ff.; Delbrück a. a. O. S. 92 ff., 221 ff.; Heusler a. a. O. S. 442 ff.; Biermann a. a. O. S. 217 ff.

Digitized by Google

überkommene einheimische Recht erleichterte den Sieg des Besitzesbegriffes. Er war so vollständig, dafs selbst der Name der Gewere verschwand.

In den neueren Gesetzbüchern wurde das Recht des Besitzes unter teilweise noch stärkerer Anlehnung an deutschrechtliche Vorstellungen geordnet[4]. Manche Bestandteile des Rechtes der Gewere lebten dem Gesetze zum Trotz in der Volksanschauung fort. Dagegen wurde im gemeinen Recht durch Savigny eine Bewegung eingeleitet, die auf Durchsetzung des reinen römischen Rechtes in der Praxis abzielte. Diese Bewegung blieb nicht ohne Erfolg, wurde indes allmählich in wichtigen Punkten wieder zurückgestaut. Hierzu trug der Umstand bei, dafs sich unter den Romanisten ein bis heute ungeschlichteter Streit darüber entzündete, was denn eigentlich der echte römische Besitzesbegriff sei[5]. Der erste Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches wollte den Besitzesbegriff schroff romanistisch fassen, jedoch mit überkühnem Griff den Besitzschutz vom Besitze ganz loslösen und auf die nackte Inhabung und nur auf sie übertragen[6]. Dagegen weist nach vollzogener gründlicher Umarbeitung das Besitzesrecht des bürgerlichen Gesetzbuches so starke Spuren der Einwirkung des deutschen Rechtes auf, dafs es ohne geschichtliche Anknüpfung an das System der Gewere nicht voll verstanden werden kann.

Das heutige Besitzesrecht setzt somit zugleich das römische Recht der possessio und das germanische Recht der Gewere fort. Unser Besitzesbegriff ist römischer Herkunft; er haftet an der tatsächlichen Sachherrschaft und ist daher enger als der Gewerebegriff. Allein in seinem Umfange und seiner Artenbildung wird er durch die von ihm übernommene Hinterlassenschaft der Gewere bestimmt; und gerade hierdurch entfernt er sich weiter als der römische Besitzesbegriff von dem Begriff eines blofs tatsächlichen Zustandes. Unter den Wirkungen des Besitzes entstammen der Besitzschutz und die Ersitzung dem römischen Recht. Rein deutschen Ursprungs dagegen sind seine für die Durchsetzung und Übertragung des materiellen Sachenrechts mafsgebenden Publizitätswirkungen. Darum trennen sich hier Fahrnisrecht und Liegenschafts-

---

[4] Übersicht b. Bruns a. a. O. S. 424 ff.

[5] Dies zu entscheiden, ist hier nicht der Ort. Als Faktor der deutschen Rechtsentwicklung kommt die nach der jeweilig herrschenden Meinung angeblich römische oder „romanistische" Besitzeslehre in Betracht.

[6] Vgl. Gierke, Entw. S. 30 ff. u. 294 ff., sowie die dort S. 294 Anm. 1 angef. Schriften.

Digitized by Google

recht. Im Fahrnisrecht hat der Besitz die Publizitätsfunktion der Gewere übernommen, im Liegenschaftsrecht hat er sie an den Grundbucheintrag abgegeben. Faſst man die hierher gehörigen Bestandteile des Besitzrechts und des Grundbuchrechts in ihrem inneren Zusammenhange und ihrer äuſseren Ergänzung auf, so erkennt man, daſs der Grundgedanke des Gewerесystems nicht verloren ist. Als sachenrechtliches Kleid, als allgemeine Erscheinungsform der dinglichen Rechtslage, als ein bis zum Bruch des Scheins durch widerstreitendes wahres Recht wirksames formales Rechtsverhältnis bewährt sich ja nunmehr für fahrende Habe der Besitz und für liegendes Gut der Bucheintrag. Auch umspannt dort der Besitz und hier der Bucheintrag den ganzen Kreis der als möglich anerkannten dinglichen Rechte. Andererseits können freilich im Gegensatz zur Gewere der Besitz wie der Bucheintrag auch persönliche Rechte zur Erscheinung bringen. Allein wenn insoweit die sachenrechtliche Form über das materielle Sachenrecht hinausreicht, so offenbart sie gerade darin ihre selbstständige rechtliche Bedeutung, daſs sie in bestimmtem Umfange den in sie gekleideten persönlichen Rechten dingliche Wirksamkeit verschafft [7].

II. Begriff des Besitzes. Besitz ist tatsächliche Sachherrschaft. Das B.G.B. fordert „tatsächliche Gewalt“ über die Sache [8]. Zum Besitz gehört daher ein äuſserlich erkennbares, irgendwie sinnfälliges Machtverhältnis. Allein die sinnfällige Macht ist noch nicht Besitz. Vielmehr muſs sie, um Besitz zu sein, sich als Herrschaftsverhältnis darstellen. Dies ist nur dann, aber auch immer dann der Fall, wenn der tatsächliche Zustand eine dauernde und selbständige Herrschaft über die Sache gewährleistet. Ob ein derartiges Verhältnis anzunehmen ist, hängt von der Gestaltung der gesellschaftlichen Lebensordnung ab und wird durch Verkehrsanschauungen bestimmt [9]. Der Besitz ist also kein mit den Sinnen

---

[7] Vgl. hierzu neben den Ausführungen in meiner Schrift über die Bedeutung des Fahrnisbesitzes Kap. 1 den Schweiz. Entw., der am Schluſs des Sachenrechts „Besitz und Grundbuch“ zusammenfaſst, und Hubers Erläuterungen S. 460 ff. u. 795 ff.

[8] B.G.B. § 854. Ebenso Schweiz. Entw. § 961. — Vgl. Preuſs. L.R. I, 7 § 1 ff., Code civ. Art. 2228, Österr. Gb. § 309, Sächs. Gb. § 186, Schweiz. Gb. b. Huber III 109 ff.

[9] Vgl. Randa § 1 u. 1a; Dernburg, Pand. § 169, B.R. III § 11; Goldschmidt, Festgabe S. 64, Verm. Schr. I 77; Cosack § 185. Man darf jedoch deshalb nicht mit Jhering, Pininski, Strohal, Kohler u. A. das Erfordernis der tatsächlichen Herrschaft ganz fallen lassen und durch das

Digitized by Google

wahrnehmbares Naturverhältnis, sondern ein auf Grund sinnlicher Wahrnehmung geistig erschliefsbares menschliches Lebensverhältnis. Nur das geistige Auge vermag zu durchschauen, ob eine sinnfällige tatsächliche Gewalt Besitz oder ob sie nur vorübergehende oder unselbständige Inhabung ist[10]. Und nur mittels geistiger Erwägungen läfst sich andererseits erkennen, inwieweit eine als Besitz zu würdigende tatsächliche Herrschaft besteht oder fortbesteht, ohne dafs eine körperliche Inhabung der Sache stattfindet[11].

Darum vermag die Rechtsordnung sich des Besitzesbegriffes zu bemächtigen, ihn von sich aus zu begrenzen und ihn je nach seinem Herrschaftsgehalt zu differenziieren. Mit je reicheren Wirkungen sie den Besitz ausstattet, desto weniger verzichtet sie darauf, die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen sie Besitz anerkennt. Sie regelt daher den Erwerb und den Verlust des Besitzes[12].

Hiermit aber gestaltet sie den Besitz zum Rechtsverhältnis aus. Wie immer die Streitfrage, ob der Besitz eine blofse Tatsache mit rechtlichen Wirkungen oder selbst ein Recht ist, nach römischem Recht zu entscheiden sein mag[13]: der heutige Besitz kann gleich der Gewere schlechthin nur als ein im Sachenrecht wurzelndes Rechtsverhältnis aufgefafst werden. Er hat nicht nur einzelne Rechtswirkungen, sondern er ist selbst eine rechtlich qualifizierte Sachherrschaft, die unabhängig von der materiellen dinglichen Rechtslage eine selbständige dingliche Rechtsstellung

---

der tatsächlichen Verwirklichung des Eigentumsinhaltes oder der wirtschaftlichen Verbindung der Sache mit der Person ersetzen.

[10] Dafs Jemand, der bei einem Besuch einen fremden Stuhl im natürlichen Sinne des Wortes „besitzt“, nicht Besitzer ist, läßt sich mit bloßer sinnlicher Wahrnehmung nicht erkennen. Ebensowenig, ob Jemand, der auf einem Pferde reitet, besitzt oder (z. B. als Soldat oder Stallknecht) nur den Besitz eines Anderen ausübt.

[11] Wenn ich z. B. auf dem halb gepflügten Felde einen Pflug stehen und unweit davon einen Geldbeutel liegen sehe, so weiß ich sofort, daß der Pflug im Besitz ist, der Geldbeutel nicht. Aber sinnlich wahrnehmbar ist der Unterschied nicht. Welcher Fülle von Schlußfolgerungen aber bedarf es erst, um zu erkennen, daß ein Großgrundbesitzer Ackerflächen, die er nie betreten hat, geerntete Früchte, die er nie zu Gesicht bekommt, besitzt!

[12] Vgl. den folgenden Paragraphen.

[13] Am vollständigsten berichtet über den Streit Randa § 3. Für die Rechtsnatur der possessio sind der herrschenden Meinung gegenüber neuerdings namentlich Bekker und Jhering, sowie Canstein, Kindel u. A. eingetreten.

Digitized by Google

formeller Art verschafft und damit sich als ein besonderes subjektives Recht bewährt[14]. Diese von der Gewere ererbte Rechtsnatur des Besitzes ist im neuen bürgerlichen Recht zum vollen Durchbruch gelangt und findet in der Übertragbarkeit und in der Vererblichkeit des Besitzes ihren unzweideutigen Ausdruck.

III. Arten des Besitzes. Der Besitz ist, weil er ein Rechtsverhältnis ist, der Artenbildung fähig. Seine Artenbildung knüpft teils an das deutsche, teils an das römische Recht an.

1. Für eine Unterscheidung, wie sie bei der Gewere durch den ungleichen Grund ihrer rechtlichen Anerkennung bewirkt wurde, bietet das Besitzesrecht keinen Raum. Der Besitz setzt nur die leibliche Gewere fort. Er ist bei Grundstücken und bei beweglichen Sachen an gleiche Voraussetzungen gebunden, wenn es auch in der Natur der Dinge liegt, dafs je nach der Beschaffenheit der Sache die tatsächliche Herrschaft sich in ungleicher Weise äufsert[15]. Die ideelle Gewere als solche ist verschwunden. Ihre Rolle hat das durch Eintragung ins Grundbuch begründete Formalrecht übernommen, das jedoch nur im österreichischen Recht als eine Art des Besitzes („Tabularbesitz", „Buchbesitz") aufgefafst wird[16]. Im übrigen entwickelte sich aus der Erbengewere die Vererblichkeit des Besitzes[17]. Zeitweilig wurde auch der Satz von der Fortdauer der Gewere im Falle raublicher Entwerung auf den Besitz übertragen[18] und unter Er-

---

[14] Gegen die Rechtsnatur des Besitzes sträuben sich auch heute Strohal, Jahrb. f. D. XXXVIII 63 ff., Dernburg III § 11, Planck III 28 ff. u. viele Andere. Vgl. aber Bekker, Aphorismen S. 18, Kipp zu Windscheid I 696 ff., Endemann II § 25, Cosack § 185 u. 189, Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deut. b. R., Bd. I, Berlin 1903, S. 322 ff., F. Bunsen, Arch. f. b. R. XXIII 85 u. 94, Landsberg S. 621 ff. — Hiermit steht nicht in Widerspruch, dafs der Ausdruck „Recht" oft (und immer, wo er dem Besitz gegenüber gebraucht wird) auf das materielle Recht einzuschränken ist. In § 823 B.G.B. aber umfafst er den Besitz mit.

[15] Auch heute gipfelt sie bei beweglichen Sachen im Haben, bei Grundstücken im Nutzen und Brauchen. — Einige Unterschiede heben Österr. Gb. § 312 u. Sächs. Gb. § 196, 198—199, 213—214, 216 hervor. Das B.G.B. deutet hinsichtlich des Besitzverlustes eine Verschiedenheit durch die ungleiche Fassung von Abs. 2 u. 3 des § 859 an.

[16] Österr. Gb. § 321—322, 350; Randa § 5; Krainz § 167.

[17] Vgl. unten § 115 V.

[18] Vgl. über die in Italien ausgebildete und in Deutschland aufgenommene Lehre, dafs der Dejizierte possessionem solo animo retinet, Bruns, Recht des Besitzes S. 260 ff. u. Jahrb. IV 46 ff., Delbrück a. a. O. S. 103 ff., 134 ff., Heusler, Gewere S. 307 ff., 452 ff.

Digitized by Google

streckung auf Fahrnisbesitz in das Preufsische Landrecht aufgenommen[19]. Die rechte Gewere erhielt sich hier und da in Verbindung mit der Auflassung und wirkte zum Teil auf die Verjährungslehre ein[20]. Im französischen Recht dauert die Verstärkung der Wirkungen des Liegenschaftsbesitzes durch einjährigen öffentlichen und friedlichen Bestand fort[21]. Im ganzen aber ist die rechte Gewere in den Publizitätswirkungen des Grundbuchs aufgegangen.

2. Die Unterscheidung land-, lehn- und hofrechtlicher Gewere fand ihr Nachspiel in der die Theorie des geteilten Eigentums begleitenden Annahme eines mehrfachen Eigenbesitzes an derselben Sache[22].

3. Gegenüber der Unterscheidung von Eigengewere und beschränkter Sachgewere siegte im gemeinen Recht die romanistische Lehre, dafs eigentlicher oder „juristischer“ Besitz nur der Besitz mit dem animus domini sei, während jede andere Sachherrschaft nur als Inhabung in fremdem Namen (Detention) zu gelten habe und nur in bestimmten Ausnahmefällen als abgeleiteter Besitz am Besitzesbegriff teilnehme[23]. Doch erhielt sich in der Anschauung des Lebens stets eine an das einheimische Recht anknüpfende Betrachtungsweise. Ihr zufolge stellt sich jede auf Ausübung eines eigenen Rechts gerichtete Sachherrschaft als Besitz und nur die lediglich auf Verwaltung von fremdem Recht gerichtete Sachherrschaft als blofse Inhabung dar. Die ältere

---

[19] Preufs. L.R. I, 7 § 96 ff. u. 122 (bei jeder gewaltsamen, betrüglichen oder heimlichen Entziehung der Gewahrsam); Förster-Eccius II § 161, Dernburg, Preufs. P.R. § 149 Anm. 4—6, § 176 Anm. 2.

[20] Über die Umwandlung der rechten Gewere in Verjährung und den Gebrauch des Wortes „gewere“ im Sinne von „praescriptio“ vgl. Heusler a. a. O. S. 445 u. 457, Stobbe-Lehmann § 87 Anm. 4.

[21] Nur ein solcher Besitz gewährt eine Besitzklage; Code de proc. Art. 23; Zachariae-Crome § 160. Vgl. Gb. v. Waadt Art. 1645 b. Huber III 131. — Nach Bad. L.R. Art. 544 a entsteht „stärkerer Besitz“. — Über die Geschichte der possession annale vgl. Bruns, Recht des Besitzes S. 361 ff., 445 ff., Heusler S. 390 ff.

[22] Heusler S. 299 ff. u. 454. Soweit man dem Vasallen oder Zinsmann dominium utile zuschrieb, konnte man ihm den juristischen Besitz auch dann nicht absprechen, wenn man für diesen den animus domini forderte.

[23] Dafs diese Auffassung römisch sei, blieb freilich trotz des Einflusses von Savigny niemals unbestritten. Dagegen neuerdings Jhering, Besitzwille, Dernburg, Pand. § 172, Pflüger a. a. O. S. 299 ff., Baron, Jahrb. f. D. XXIX 192, XXX 107. Vgl. über die Streitfrage Bruns S. 413 ff., Meischeider a. a. O. S. 467 ff., Randa § 1 Anm. 17 u. 24.

Digitized by Google

Doktrin suchte den deutschen Anschauungen dadurch gerecht zu werden, dafs sie teils für den juristischen Besitz statt des „animus domini" nur den „animus sibi habendi" forderte[24], teils wenigstens die Fälle des abgeleiteten Besitzes vermehrte[25]. In der neueren Theorie und Praxis widerstrebte man zwar der Ausdehnung des Besitzesbegriffs, half sich aber damit, dafs man „selbstnützige" und „prokuratorische" Detention unterschied und auf jene ein Stück des Besitzesrechts übertrug.

Die Gesetzbücher folgten diesen Strömungen[26]. Am entschiedensten näherte sich das Preufsische Landrecht der deutschen Rechtsanschauung. Dieses Gesetzbuch unterscheidet „vollständigen" und „unvollständigen" Besitz und versteht unter jenem den Eigentumsbesitz, unter diesem jede andere Sacherrschaft, die mit der Absicht verbunden ist, ein Recht für sich auszuüben[27]. Somit erscheint nur der blofse Verwaltungsbesitz als unselbständige Inhabung für einen Andern[28]. Dagegen tritt dem Eigenbesitz ein selbständiger Niefsbrauchs-, Pfand-, Pacht-, Miets- und Leihbesitz ebenbürtig zur Seite.

Noch einen Schritt weiter ist das B.G.B. gegangen. Es spricht nur der unselbständigen Verwaltungsinhabung die Eigenschaft des Besitzes ab: wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Andern in dessen Haushalt, in einem Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den die

---

[24] Bruns a. a. O. S. 387, Heusler a. a. O. S. 451.

[25] Während nach der Meinung der Meisten das röm. R. nur dem Prekaristen, Sequester und Pfandgläubiger abgeleiteten Besitz zuschrieb, gab man einen solchen allgemein auch dem Emphyteuta und Superfiziar, vielfach aber sogar dem Pächter und Mieter. Bei der Konstruktion des mehrfachen Sachbesitzes operierte man mit „civilis" und „naturalis" possessio. Bruns S. 106 ff., 253 ff., 388 ff., Delbrück S. 101 ff.

[26] Das Bayr. L.R. II c. 5 § 1—2 begnügt sich mit dem animus sibi habendi. Ebenso Berner Gb. § 349, Luzerner § 221, sowie Zürch. § 64 u. 66, Schaffhaus. § 430 u. 432. Dagegen verlangt das Österr. Gb. zwar für den Sachbesitz den Willen des Inhabers, „die Sache als die seinige zu behalten" (§ 308), schützt aber jede Inhabung mit dem Willen der Ausübung eines eignen Rechts als Rechtsbesitz (§ 312). Das Sächs. Gb. kennt nur Eigenbesitz (§ 186), gibt jedoch die Besitzklagen auch bloßen Inhabern (§ 208—209). Über das französ. R. vgl. Bruns S. 444 ff., Zachariae-Crome § 155; über den unklaren Zusatz des Bad. L.R. Art. 543 b Bruns S. 453 ff.

[27] Preufs. L.R. I, 7 § 6—7.

[28] Auch der Prekarist und der Sequester sind bloſse Inhaber; Dernburg, Preufs. P.R. I 331. Gegen Dritte hat auch der bloſse Inhaber Besitzschutz; Preufs. L.R. I, 7 § 141 ff.

Digitized by Google

Sache betreffenden Weisungen des Andern Folge zu leisten hat, ist nur Inhaber, nicht Besitzer; er erscheint als bloſser Besitzhalter (Besitzdiener) des unmittelbar durch ihn besitzenden Besitzherren[29]. Dagegen erkennt es jede selbständige Sachherrschaft unabhängig von einer mit ihr bezweckten eigenen Sachnutzung als „Besitz“ an. Es stellt daher dem „Eigenbesitz“ dessen, der eine Sache als ihm gehörend besitzt[30], nicht nur Nieſsbrauchs- und anderen Nutzungsbesitz, Pfandbesitz, Pacht-, Miets- und Leihbesitz usw. zur Seite, sondern erhebt zu gleichem Range die Sachherrschaft des Verwahrers, des Vormundes und jedes anderen selbständigen Verwalters[31]. Man kann den Besitz, der nicht Eigen-

---

[29] B.G.B. § 855. Die Abgrenzung ist vielfach schwierig und bestritten. Vgl. bes. Bekker, Jahrb. f. D. XXXIV 9 ff., 42 ff.; Strohal, Sachbesitz S. 5 ff.; Wendt, Arch. f. c. Pr. LXXXVII 64 ff.; Kniep S. 35 ff.; Cosack § 185; Endemann § 33; Dernburg § 14; Planck, Biermann, Kober zu § 855; Seuff. LVII Nr. 35. Entscheidend ist das tatsächliche Abhängigkeitsverhältnis. Dabei ist jedoch zu beachten, daſs § 855 nicht alle Fälle deckt, in denen Inhabung stattfindet, die kein Besitz ist. Vielmehr kann ohne Rücksicht auf ein Abhängigkeitsverhältnis eine körperliche Inhabung deshalb der Merkmale des Besitzes entbehren, weil sie wegen ihres vorübergehenden Zwecks (z. B. in der Hand des Gastes oder dessen, der die Sache nur besehen will) oder wegen ihrer Gegensätzlichkeit zum Willen (vgl. unten § 115 II) keine Sachherrschaft im Sinne der gesellschaftlichen Lebensordnung begründet. — Der Schweiz. Entw. § 961 Abs. 1 schränkt die Bestimmung, nach welcher Besitzer ist, „wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat“, durch keinen ausdrücklichen Zusatz ein. Nach den Erläuterungen S. 802 ff. aber soll Inhabung ohne jede selbständige dingliche oder persönliche Rechtsstellung gleichwohl nicht unter den Besitzesbegriff fallen.

[30] B.G.B. § 872. Eigenbesitzer ist auch der Dieb.

[31] B.G.B. § 868. Besitzer ist auch der Frachtführer, der Kommissionär, der Spediteur, der Werkmeister, der selbständige Beauftragte, der Finder. Desgleichen, insoweit sie überhaupt die tatsächliche Gewalt ausüben, der Vormund, Pfleger, Testamentsvollstrecker, gerichtlich bestellte Verwalter, Konkursverwalter usw.; vgl. Dernburg § 14 Z. 6, Wendt a. a. O. S. 61, Endemann § 31, Lehmann § 19, Matthiaſs § 2, Kniep S. 149 ff., Fr. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb S. 62, Planck zu § 854 Bem. 5, Kober zu § 854 Bem. IV 3, Biermann zu § 868 Bem. 4. Sie mit Cosack § 185 VI 2 d und teilweise auch Strohal S. 16 für bloſse Besitzdiener zu halten, verbietet ihre selbständige Herrschaftsstellung. — Dagegen besitzt, was ein Verbandsorgan als solches besitzt, unmittelbar die Verbandsperson als solche; vgl. Förtsch b. Gruchot XLIII 545 ff., der aber unrichtig das gleiche Verhältnis bei jeder gesetzlichen Vertretung annimmt; K.Ger. in Rechtspr. der O.L.G. V 148. Der den Besitz der Verbandsperson zur Erscheinung bringende Vorsteher oder Beamte ist also weder Besitzdiener (so Dernburg a. a. O. Z. 7, Lehmann, Matthiaſs, Cosack a. a. O.) noch vermittelnder Besitzer (so Wendt, Endemann, Planck, Biermann,

Digitized by Google

besitz ist, passend als Lehnbesitz bezeichnen. Weniger zutreffend nennen Manche ihn „Fremdbesitz“[32].

4. In Übereinstimmung mit dem deutschen Recht läfst das B.G.B. Besitz nicht nur an einer Sache im Ganzen, sondern auch an einem Sachteil zu[33]. Während aber der besonderen Gewere an einem Sachteil stets auch die Möglichkeit eines besonderen dinglichen Rechts an ihm entsprach, findet heute Besitz an Sachteilen auch dann statt, wenn sie als wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand dinglicher Rechte sein können[34]. Voraussetzung des Teilbesitzes ist nur, dafs der Sachteil sich zum Gegenstande einer besonderen tatsächlichen Herrschaft eignet. Somit ist ein Teilbesitz an Grundstücksteilen wie an Teilen beweglicher Sachen, an Wohnräumen und anderen Räumen (insbesondere als Mietsbesitz), an einer Wandfläche (z. B. für Anschläge), an einem Schrankfache, an einem Bauwerke, an stehenden Früchten usw. möglich[35].

5. Zu vollem Durchbruch ist im heutigen Recht die in der mehrfachen Gewere vorgebildete Anerkennung des mehrfachen Besitzes gelangt. Schon nach Preufsischem Landrecht schliefst unvollständiger Sachbesitz gleichzeitigen vollständigen Sachbesitz eines Andern nicht aus[36]. Das B.G.B. führt allgemein den Gedanken durch, dafs mit dem (der „lediglichen Gewere“ entsprechenden) unmittelbaren Besitz dessen, der selbst oder durch einen Besitzhalter die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, der gleichzeitige Besitz eines Anderen vereinbar ist, der dem unmittelbaren Besitzer gegenüber die Stellung eines Besitzherrn einnimmt. Einen derartigen Oberbesitz bezeichnet es als mittelbaren Besitz[37].

Leonhard a. a. O.) noch für sich alleiniger Besitzer (so Kniep S. 53 ff., 146 ff.).

[32] So Dernburg § 14 und Andere. Das Wort erweckt aber die irrige Vorstellung des Besitzes für einen Anderen. Eher kann man von beschränktem Besitz reden. — Das Marginale des Schweiz. Entw. § 962 sagt: „Selbständiger und unselbständiger Besitz“.

[33] B.G.B. § 865. Anders Entw. I § 798.

[34] Hierin liegt wieder eine den Bereich des materiellen Sachenrechts überschreitende Kraft des formalen Sachenrechts.

[35] Ohne Grund bestreitet dies Strohal S. 32 für Pflanzen, die wesentliche Bestandteile sind; vgl. Dernburg § 15, Cosack § 185 III 2 b, Biermann zu § 865. — Der Teilbesitz ist gewöhnlich Lehnbesitz, kann aber auch Eigenbesitz sein; Planck zu § 865.

[36] Preufs. L.R. I, 7 § 124—125.

[37] B.G.B. § 868. Dazu Wendt, Der mittelbare Besitz des B.G.B., Arch. f. c. Pr. LXXXVII 40 ff., Verh. des XXIV. Deut. Juristent. III 1 ff.; Gierke,

Digitized by Google

Diese Spaltung des Besitzes tritt nach dem B.G.B. ein, wenn Jemand eine Sache als Niefsbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis besitzt, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Der unmittelbare Besitzer mufs also einen Anderen als Besitzherrn anerkennen, von dem er seinen Besitz als Lehnbesitz ableitet, durch dessen Recht er in seiner Sachherrschaft beschränkt wird und an den er nach Erledigung seiner Sachherrschaft die Sache herauszugeben hat[88]. Es genügt nicht, dafs er aus irgend einem Grunde verpflichtet ist, die Sache für einen Anderen zu bewahren und an ihn herauszugeben[89]. Vielmehr mufs er durch seinen Besitz als Besitzmittler zugleich eine fremde Sachherrschaft vermitteln. Dagegen ist das wirkliche

Fahrnisbesitz S. 6 ff., Verh. des Deut. Juristent. a. a. O. S. 29 ff.; W. Weidemann, Der mittelbare Besitz des B.G.B., Berlin 1902; Bekker S. 26 ff.; Strohal S. 16 ff.; Kniep S. 7 ff.; Kipp b. Windscheid I 698 ff.; Endemann § 32; Cosack § 185; Lehmann S. 58 ff.; Aravantinos, Jahrb. f. D. XLVIII 112 ff.; Planck, Biermann, Kober, Fischer-Henle, Neumann u. A. zu § 868. — Im Schweiz. Entw. § 962 heifst es: „Hat ein Besitzer die Sache einem Anderen zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Recht überlassen, so sind sie beide Besitzer.“

[88] Unbestritten stehen den in § 868 aufgeführten Besitzern der Entleiher, Frachtführer, Kommissionär, Werkmeister usw. gleich. Ebenso aber (trotz des Widerspruchs von Wendt S. 61 u. Kipp S. 698) der Erbbauberechtigte oder Erbpächter. Desgleichen der (von Manchen zum Alleinbesitzer erhobene) Ehemann, der das Eingebrachte der Frau besitzt; vgl. bes. Oertmann, Jahrb. f. D. XLIV 214 ff. Ferner der besitzende Vormund, gerichtlich bestellte Verwalter, Nachlafspfleger, Testamentsvollstrecker (oben Anm. 31). Auch der Konkursverwalter (Planck S. 62), dem jedoch Manche (wie Kniep S. 147 ff.) alleinigen Besitz zuschreiben.

[89] Unbestritten ist, dafs der Bestohlene nicht durch den Dieb oder Hehler besitzt. Ebenso, dafs der Verkäufer vor der Übergabe nicht Besitzmittler des Käufers ist. Aber auch im Falle bedingter Übereignung begründet der eventuelle Herausgabeanspruch keinen mittelbaren Besitz, so dafs z. B. der Verkäufer, der sich bei der Übergabe der Sache das Eigentum vorbehalten hat, nicht mehr besitzt; Thiesing, Arch. f. b. R. XX 246 ff., Planck S. 62; a. M. Kober S. 36. Endlich erlangt auch der Verlierer den Besitz nicht schon dadurch in Gestalt des mittelbaren Besitzes zurück, dafs ein redlicher Finder die Sache in Besitz nimmt; Gierke, Fahrnisbesitz S. 7 Anm. 15, Strohal S. 22 ff., Endemann § 32 Z. 2, Lehmann S. 59, Leonhard S. 72, Planck S. 63, Biermann S. 35, Weidemann S. 13; a. M. Wendt S. 61, Dernburg § 20 a. E., Kipp S. 698, Aravantinos S. 145 Anm. 72. In diesem Falle liegt freilich Lehnbesitz vor, aber vorläufig fehlt jeder Eigenbesitz. Dies kann auch sonst vorkommen; Gierke, Verh. des Deut. Juristent. a. a. O. S. 35.

Digitized by Google

Dasein eines die entsprechende Herrschaftslage begründenden Rechtsverhältnisses keineswegs erforderlich; es genügt, wenn das Besitzverhältnis tatsächlich so gestaltet ist, als wenn ein derartiges Rechtsverhältnis bestünde[40]. Ob der Besitzherr zurzeit Nutzungen von der Sache bezieht, ist unerheblich: der mittelbare Besitz deckt nicht nur die durch Nutzungsbezug vermittelte aktuelle Obergewere, sondern auch die ruhende Gewere des deutschen Rechts[41]. Der mittelbare Besitz kann Eigenbesitz oder Lehnbesitz sein; im letzteren Falle kann über ihm ein entfernterer mittelbarer Besitz stehen, und dieses Verhältnis von Unter- und Oberbesitz kann sich beliebig oft wiederholen[42]. Zweifellos ist der mittelbare Besitz wahrer Besitz[43]. Er begründet eine tatsächliche Sachherrschaft, deren Anerkennung als Besitz den Lebensanschauungen entspricht[44]. Darum gelten alle Vorschriften, die für den „Besitz" gegeben sind, auch für den mittelbaren Besitz, wenn nicht aus besonderen Gründen sich das Gegenteil ergibt[45].

6. Hinsichtlich der durch die Beschaffenheit des Subjektes begründeten Verschiedenheiten gingen die für die Gewere entwickelten Rechtsformen auf den Besitz über. Wurden neben den Einzelpersonen trotz der romanistischen Bedenken die Verbands-

---

[40] Gierke a. a. O. S. 34; Planck S. 63; Kober S. 35; a. M. Aravantinos S. 116 ff. Darum ist auch, wenn ein Nichtberechtigter den Lehnbesitz eingeräumt hat, nicht der in Wahrheit zur Besitzherrschaft Berechtigte, sondern der Scheinberechtigte mittelbarer Besitzer.

[41] Dagegen nicht die bloſs anwartschaftliche Gewere; oben Anm. 39.

[42] B.G.B. § 871. An einem Grundstück kann über dem unmittelbaren Besitz eines Afterpächters mittelbarer Lehnbesitz des Pächters, über diesem mittelbarer Lehnbesitz des Nieſsbrauchers und darüber mittelbarer Eigenbesitz bestehen. Eine bewegliche Sache kann unmittelbar von einem Unterverwahrer, mittelbar von einem Verwahrer, einem Pfandgläubiger und dem Eigentümer besessen werden.

[43] Dies wird völlig verkannt von Wendt a. a. O., der ihn zu einer Fiktion für einzelne Zwecke herabsetzen will. Ebenso von Lehmann S. 60 („fingiertes Besitzverhältnis"), Biermann zu § 868 Bem. 1 b u. A. Auch Kniep S. 7 ff. wird dem Wesen des mittelbaren Besitzes nicht gerecht. Ebensowenig Planck zu § 868 Bem. 1 u. 5, Landsberg S. 631 ff., 634 („Auch-Besitz"), Aravantinos S. 114 ff.

[44] Vgl. Gierke a. a. O. S. 32 ff., Strohal S. 17 ff., Cosack § 185 III 4, Endemann § 32 Z. 6, Leonhard S. 70, Kober zu § 868 Bem. IV, Weidemann S. 20 ff.

[45] Dies folgt auch aus dem Wortlaut des § 868; vgl. Gierke a. a. O. S. 36, Planck S. 65. Der Versuch von Wendt a. a. O. S. 50 ff., es wegzudeuten, kann bereits als gescheitert angesehen werden.

Digitized by Google

personen als vollkommen besitzfähig anerkannt[46], so behielt doch der Körperschaftsbesitz die Fähigkeit, sich durch die Verflechtung mit Sonderbesitz genossenschaftlich zu entfalten[47]. Andererseits behauptete sich der gemeinschaftliche Besitz Mehrerer nicht nur in der Gestalt des einfachen Mitbesitzes[48], sondern auch in der Gestalt eines Gemeinschaftsbesitzes zur gesamten Hand[49]. Das B.G.B. läfst für verschiedenartige Ausgestaltung des gemeinschaftlichen Besitzes Raum[50]. Der gemeinschaftliche Besitz kann Eigenbesitz oder Lehnbesitz, er kann aber auch für den einen Mitbesitzer Eigenbesitz und für den anderen Lehnbesitz sein[51]. Er kann an einer Sache im ganzen oder an einem Sachteil statt-

---

[46] Oben Bd. I 527. Nach dem B.G.B. steht die Besitzfähigkeit der juristischen Person aufser Zweifel. Sie wird aber wieder verkümmert durch die Versuche, ihren Besitz entweder auf mittelbaren Besitz, den ein „Anderer" nach § 868 vermittelt, oder doch auf Besitz, der durch einen „Anderen" als Inhaber nach § 855 ausgeübt wird, zurückzuführen; vgl. oben Anm. 31. Soweit ein Organ als solches die Sachherrschaft betätigt, bringt es lediglich die Sachherrschaft der in ihm erscheinenden juristischen Person zur Erscheinung; es ist daher kein „Anderer", und weder Spaltung des Besitzes noch Trennung von Besitz und Inhabung liegt vor! Wer somit nicht mit Kniep S. 53 ff., 146 ff. den ganzen Besitz der juristischen Person in alleinigen Besitz einzelner Menschen auflösen will, mufs der juristischen Person die volle Besitzfähigkeit zuschreiben.

[47] Oben Bd. I 547 ff.

[48] Vgl. v. Savigny, Besitz § 11; Büff, Arch. f. prakt. Rechtsw., N. F. III 113 ff.; Hasse, ebenda IV 116 ff.; Miescher, Arch. f. c. Pr. LXIX 200 ff.; Meischeider S. 214 ff.; Rümelin, Teilung der Rechte S. 104 ff.; G. Wendt, Faustrecht S. 119 ff.; Randa S. 502 ff. — Man fafste ihn auf Grund des römischen Rechts durchweg als Mitbesitz zu bestimmten ideellen Teilen auf, stritt aber, ob die Sache oder das äufsere Gewaltverhältnis oder die gewollte Herrschaft den Gegenstand der Teilung bilde.

[49] Gierke, Genossenschaftsth. S. 352; insbesondere bei bäuerlichen Erbengemeinschaften, S. 345 Anm. 1, 348 Anm. 1; bei der ehelichen Gütergemeinschaft, S. 388; bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft, S. 418; bei der Handelsgesellschaft, S. 518, R.Ger. IX Nr. 32. — Vielfach wurde freilich die Möglichkeit von anderem als anteiligem Mitbesitz bestritten; so von Meischeider S. 217 ff., Förster-Eccius § 158 Anm. 20, Roth, D. P.R. III 63, Randa S. 502 ff., Seuff. XXVIII Nr. 11, Sächs. Gb. § 192. Vgl. aber Dernburg, Pand. § 169 Anm. 11, Preufs. P.R. § 150 Anm. 10, auch Windscheid § 152 Anm. 12, R.Ger. XIII 179.

[50] Vgl. bes. M. Wolff, Der Mitbesitz nach dem Rechte des B.G.B., Jahrb. f. D. XLIV 143 ff.; v. Seeler, ebenda S. 363 ff.; Strohal, Sachbesitz S. 113 ff.; Dernburg, B.R. III § 15 Z. 4; Endemann § 40 Z. 2; Planck, Biermann, Kober zu § 866.

[51] So in den Fällen des B.G.B. § 1081 u. 1206.

Digitized by Google

finden[52]. Es ist möglich, dafs er unmittelbarer oder mittelbarer, aber auch, dafs er für den einen Mitbesitzer unmittelbarer und für den anderen mittelbarer Besitz ist[53]. So kann er auch sich auf anteilige Sachherrschaft oder auf Sachherrschaft mit gesamter Hand richten[54]. Ein Mitbesitz zu gesamter Hand kann dadurch erzwungen werden, dafs im Wege des Mitverschlusses oder der Bestellung eines gemeinsamen Besitzmittlers eine Einrichtung getroffen wird, die es den Mitbesitzern unmöglich macht, die Sachherrschaft anders als gemeinsam auszuüben[55]. Er besteht aber auch ohne solche äufsere Bindung, wenn die Mitbesitzer tatsächlich bei der Ausübung der Sachherrschaft sich so verhalten, wie es dem Verhältnis einer Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand entspricht[56].

---

[52] So an den von mehreren Mietern gemeinschaftlich benutzten Teilen eines Hauses, an der von Nachbarn gemeinschaftlich benutzten Grenzanlage usw.; vgl. Planck zu § 866 Bem. 3.

[53] So, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter eine zum Gesellschaftsvermögen gehörige Sache als solche unter sich hat. Ebenso ist der Besitz an Sachen des ehelichen Gesamtguts, auf den § 1443 dem Ehemann ein Recht zuspricht, unmittelbarer Besitz, hinter dem mittelbarer Mitbesitz der Frau steht.

[54] M. Wolff a. a. O. S. 154 ff. leugnet jeden anteiligen Mitbesitz und schränkt den Gesamthandbesitz auf die Fälle ein, in denen durch Mitverschlufs oder gesperrtes Depot oder ein ähnliches Mittel die gesonderte Vollherrschaft eines einzelnen Mitbesitzers über die Sache ausgeschlossen wird. Jeden anderen Mitbesitz konstruiert er ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der wirklichen oder angenommenen Rechtsgrundlage als eine Mehrheit konkurrierender Sachherrschaften an der Sache im Ganzen und somit als gleichartiges Herrschaftsverhältnis, das er „schlichten Mitbesitz" nennt. Seine Ausführungen leiden aber an dem Fehler, dafs er die blofse Möglichkeit mit der Tatsächlichkeit gleichsetzt und das für die äufsere Gestaltung der Herrschaftslage mafsgebende innere Moment der Willensrichtung völlig ausschaltet. Wenn Jemand hinsichtlich einer Sache nur die Teilherrschaft ausüben will, die einem gesonderten Anteilsrecht bestimmter Gröfse oder Art entspricht, und sein tatsächliches Verhalten hiernach einrichtet, so besitzt er eben nur anteilig und darf nicht mit einem „Ganzbesitz" beschenkt werden, den er weder beansprucht noch ausübt. Ebensowenig darf dem, der die Sachherrschaft weder ganz noch teilweise für sich allein, sondern nur als Mitträger einer verbundenen Personenmehrheit haben will und die tatsächliche Gewalt, obschon ohne äufsere Nötigung, nur im Sinne solcher Gemeinschaft handhabt, ein Sonderbesitz aufgedrängt werden; er besitzt eben nur zur gesamten Hand mit seinen Genossen.

[55] B.G.B. § 1082 u. 1206; M. Wolff a. a. O. S. 159 ff. Gleich steht, wie Wolff S. 161 richtig ausführt, die Bestellung eines gemeinsamen Besitzdieners, der nur gemeinsamen Weisungen folgen darf.

[56] Natürlich kann einerseits ein derartiger Gemeinschaftsbesitz zu ge-

Digitized by Google

7. Vornehmlich dem römischen Recht entstammt die rechtliche Qualifikation des Besitzes im Hinblick auf etwaige objektive oder subjektive Mängel. Das Dasein des Besitzes ist unabhängig von dem Dasein eines Rechtes auf den Besitz; nur der rechtmäfsige Besitz aber ist vollkommen, da der unrechtmäfsige Besitz dem Rechte weichen mufs[57]. Jenachdem der Besitz auf einem ihn äufserlich rechtfertigenden Erwerbsgrunde beruht oder nicht, unterscheiden die neueren Gesetzbücher mit dem römischen Recht titulierten und nicht titulierten Besitz[58]. Dem B.G.B. ist diese Unterscheidung fremd. Der Besitz ist ferner redlich oder unredlich, jenachdem der Besitzer aus gutem Grunde glaubt, ein Recht zum Besitz zu haben, oder vielmehr weifs oder wissen mufs, dafs sein Besitz mit dem Recht nicht übereinstimmt[59]. Das B.G.B. stellt zwar die allgemeinen Kategorien des redlichen und unredlichen Besitzes nicht auf, knüpft aber an das Vorhandensein oder den Mangel des guten Glaubens eine Reihe von Einzelwirkungen[60]. Römischer Herkunft ist endlich der Begriff des wegen seiner Erwerbsart fehlerhaften Besitzes[61]. Nach dem B.G.B. ist der Besitz fehlerhaft, wenn er durch verbotene Eigenmacht, d. h. durch

samter Hand ohne materielle Grundlage bestehen, andererseits bei vorhandener Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand ein Gemeiner sich Sonderbesitz anmafsen. Allein normalerweise entsprechen sich hier wie überall materielles Rechtsverhältnis und Besitzverhältnis. Darum ist in der Tat der Besitz von Gesellschaftern an einer zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sache Mitbesitz zu gesamter Hand, mögen nun Alle unmittelbar oder Alle blofs mittelbar oder mag ein einzelner Gesellschafter allein unmittelbar besitzen. Ebenso besitzt der das eheliche Gesamtgut verwaltende Ehemann nur als Mitbesitzer zu gesamter Hand (oben Anm. 53). Immer geht auf Miterben der Besitz des Erblassers als Gesamthandsbesitz über.

[57] Über „das Recht zum Besitze“ vgl. M. Wolff in der Festgabe für Koch, Berlin 1903.

[58] Vgl. Preufs. L.R. I, 7 § 8 u. 10; Österr. Gb. § 316—325; Sächs. Gb. § 187; Schweiz. Gb. b. Huber III 112 ff. — Auch unrechtmäfsiger Besitz kann tituliert sein.

[59] Preufs. L.R. I, 7 § 11—42 (mit mehrfacher Abstufung des „unredlichen“ und Anfügung des infolge Rechtsirrtums „unrechtfertigen“ Besitzes); Österr. Gb. § 326—338; Sächs. Gb. § 188—189; Schweiz. Gb. b. Huber III 112 ff. Vgl. Schweiz. Entw. § 979—982.

[60] B.G.B. § 932 ff., 937, 955, 957, 990 ff., 1058, 1207 ff., 1244, 2024.

[61] So im Anschlufs an das römische vi clam precario Sächs. Gb. § 190, Zürch. § 70 u. andere Schweiz. Gb. b. Huber III 111 ff. Ähnlich das Österr. Gb. § 345—347, das „echten“ und „unechten“ Besitz unterscheidet. Das Preufs. L.R. I, 7 § 96—108 erkennt den fehlerhaften Besitz überhaupt nicht als Besitz im Rechtssinne an.

Digitized by Google

widerrechtlichen Eingriff in fremden Besitz, erlangt ist[62]. Die Fehlerhaftigkeit wirkt nur relativ; sie schwächt den Besitz nur gegenüber dem Entsetzten und seinem Rechtsnachfolger.

8. Die Gewere an unkörperlichen Sachen setzte sich im Rechtsbesitz fort[63].

Die gemeinrechtliche Doktrin fand in den römischen Quellen nur die juris quasi possessio bei Servituten, dagegen schon im kanonischen Recht eine Ausdehnung des Quasibesitzes auf alle sich in dauernder Ausübung betätigenden Rechte vor[64]. In Deutschland wurde das Besitzesrecht ohne Widerspruch auf alle dem römischen Recht unbekannten Rechte deutscher Herkunft angewandt, die einstmals das Kleid der Gewere getragen und eben hierdurch ein sachenrechtliches Gepräge empfangen hatten. Demgemäfs blieb im gemeinen Recht allgemein ein Besitz sowohl an den nicht mit Sachinhabung verbundenen dinglichen Rechten, wie an den Realrechten und an den selbständigen liegenschaftlichen Gerechtsamen anerkannt[65]. Aber auch über den Kreis der als unbeweglich erachteten unkörperlichen Sachen hinaus hat der Rechtsbesitz sich durchgesetzt und in der gemeinrechtlichen Praxis behauptet[66]. Nur der Besitz an Familienrechten wurde überwiegend aufgegeben[67]. Dagegen wurde ein Besitz an dauernden

[62] B.G.B. § 858 Abs. 2.

[63] Vgl. bes. Duncker, Z. f. D. R. II, 2 S. 26 ff.; Bruns S. 328 ff., 341, 475 ff.; Heusler, Gewere S. 325 ff., 456 ff.; Beseler § 79; Stobbe II § 76, b. Lehmann § 90; Randa § 12 u. 24 ff.

[64] Über das röm. R. vgl. Savigny § 12 u. 44—47, Bruns § 8—9, Windscheid I § 151, 163—164, Dernburg, Pand. I § 190, Randa § 2 Anm. 6—7, § 24 S. 633 ff.; über das kanon. R. Bruns § 15, 24—26, 29, Meischeider § 87, Randa S. 634 ff.; über die Doktrin Bruns § 13, 31, 44 ff., Randa S. 641 ff.

[65] Roth, D. P.R. III § 226 Anm. 50—60; Randa S. 628 ff., 645 ff., 662 ff., 745 ff. — Vgl. über Besitz an Reallastberechtigungen unten § 149 III1; über Besitz an Realrechten Seuff. XV Nr. 27; über Besitz an Gewerbeberechtigungen und Regalgerechtigkeiten die oben Bd. I 317 Anm. 44 u. 45 angeführten Entscheidungen.

[66] Hiergegen wandte sich Savigny § 49, der zwar bei den Romanisten Beifall fand, jedoch nur teilweise dauernden Erfolg hatte. Vgl. Bruns S. 421; Beseler § 79; Roth, Bayr. C.R. II 104 ff., D. P.R. III 68 ff.; Meischeider S. 395 ff.; Windscheid II § 464 Anm. 5; Dernburg, Pand. § 191; Randa S. 642 ff. — Willkürlich ist die Meinung von Duncker a. a. O., der Rechtsbesitz sei auf die Fälle einzuschränken, in denen das ältere deutsche Recht eine Gewere annahm. Ähnlich Stobbe II 37 (b. Lehmann 232).

[67] Wenigstens der vom kanonischen Recht ausgebildete Ehebesitz; vgl. Bruns S. 171, 191 ff., 239, 383, 406 ff., 422; Randa § 24 Anm. 6. Noch anerkannt in Kasseler Entsch. b. Pfeiffer, Prakt. Ausf. V 130, Darmst. b.

Digitized by Google

Persönlichkeitsrechten, auch wenn sie nicht verliegenschaftet sind, anerkannt[68]. Ebenso an ständigen Forderungsrechten[69]. Der Rechtsbesitz wurde so, wenn ihm auch das Beiwort „Quasi" verblieb, zu einem allgemeinen und regelrechten Institut erhoben[70].

Als solches nahmen ihn die grofsen Gesetzbücher auf. Sie behandeln den Rechtsbesitz als wahren Besitz und lassen ihn in weitem Umfange zu[71]. Namentlich führt das Preufsische Land-

---

Meischeider S. 420, dagegen vom R.Ger. XXXI Nr. 35 in Frage gestellt. Eher wurde noch Besitz an Elternrechten angenommen; Bruns S. 422 Anm. 3, Seuff. IV Nr. 120, Dernburg, Preufs. P.R. § 160 S. 361.

[68] So für Zustandsrechte (wie Adel, Familienstand, Staats- und Gemeindeangehörigkeit, früher auch Freiheit), Würden und Ehrenrechte, Gewerberechte, Rechte an Namen und Zeichen, Urheber- und Erfinderrechte. Desgleichen für die aus Verbandspersönlichkeit und Verbandsmitgliedschaft fliefsenden Rechte, wie Ämterbesetzungsrechte (Seuff. VIII Nr. 14 u. 232), Amtsrechte, Wahlrechte, Kirchenstuhlsrechte (Seuff. XI Nr. 272 u. XXVI Nr. 103). Vgl. Bruns S. 383 ff., 407 ff., 483 ff.; Falck IV 49; über Besitz an Namen-, Zeichen-, Urheber- und Erfinderrechten auch Bekker, Zur Reform des Besitzrechts S. 119 ff., Randa S. 661 ff.; über Zeichenbesitz oben Bd. I 735; über Erfindungsbesitz ebenda S. 884 ff.; über Patentbesitz ebenda S. 880 u. Zoll, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XXI 553 u. 570 ff.

[69] Anerkannt an Gehaltsansprüchen von öffentlichen Beamten (Seuff. I Nr. 161, III Nr. 99) und Privatbeamten (ib. XIII Nr. 32, XXII Nr. 233, XXIII Nr. 32), an Forderungen auf wiederkehrende Leistungen gegen Verbandspersonen oder Personenklassen (ib. VII Nr. 269, IX Nr. 126, XII Nr. 340, XIII Nr. 127, XVI Nr. 5, XIX Nr. 55, XXXVII Nr. 96), an nicht radizierten Renten (R.Ger. XXVI Nr. 26 S. 143 ff.). Weiterer Ausdehnung ist die Praxis abgeneigt (Seuff. I Nr. 183, 223, XXXVII Nr. 191). An sich ohne Grund! Doch wollen auch unter den Verteidigern des Forderungsbesitzes Bruns S. 480 ff. u. Seuffert, Pand. § 113, nur bei Forderungen, die an dauernde personenrechtliche Verhältnisse geknüpft sind, Stobbe II 38 (233) nur bei Forderungen, die auf dauernden persönlichen Herrschaftsverhältnissen beruhen, einen Besitz annehmen. Vgl. dagegen Windscheid II § 464 Anm. 4 u. Randa S. 647 ff. (Windscheid erstreckt den Besitz auch auf Zinsforderungen, hinsichtlich deren Randa S. 659 ff. abweicht).

[70] Vgl. Bayr. L.R. II c. 5 § 2, das den Rechtsbesitz in weitestem Umfange, insbesondere auch bei Zustandsrechten (I c. 3 § 4, Bruns S. 426) und allen ständigen Forderungsrechten (Roth, Bayr. C.R. § 130 Anm. 34, D.P.R. § 226 Anm. 67, 68 u. 70) anerkennt, gleichwohl aber als „Quasibesitz" bezeichnet.

[71] So auch Code civ. Art. 2228 (dazu Art. 320—321 über „possession d'état"), wenngleich die Besitzklagen nur zum Schutze gewisser Dienstbarkeiten gewährt werden; Bruns S. 444, Zachariae-Crome § 159. Vgl. Schweiz. Gb. b. Huber III 109 ff. — Dagegen erwähnt das Sächs. Gb. den Rechtsbesitz nur bei Dienstbarkeiten (§ 530 u. 602) und schliefst ihn bei Reallasten ausdrücklich aus (§ 512).

Digitized by Google

recht den Gedanken durch, dafs jedem sich in dauernder Ausübung offenbarenden Recht ein Besitzverhältnis entspricht; es behandelt den unvollständigen Sachbesitz zugleich als vollständigen Rechtsbesitz und erkennt daneben bei den nicht mit Sachinhabung verbundenen Rechten einen selbständigen Rechtsbesitz an, der selbst wieder vollständig oder unvollständig sein kann[72]. Das österreichische Gesetzbuch stellt den Besitz an körperlichen und an unkörperlichen Sachen gleich und bestimmt, dafs alle unkörperlichen Sachen, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, in Besitz genommen werden können[73].

Das B.G.B. hat in diesem Punkte den Faden der deutschrechtlichen Entwicklung rücksichtslos durchschnitten. Es gewährt bei Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten einen an die Rechtsausübung geknüpften Besitzschutz[74], weifs dagegen im übrigen nichts von einem Rechtsbesitz[75]. Indes ist damit der Besitz an unkörperlichen Sachen nicht aus der Welt geschafft. Im Bereiche des Reichsrechtes bleiben jedenfalls Realrechte, da sie als Bestandteile der Grundstücke gelten, dem Besitz zugänglich[76]. Ebenso mufs an liegenschaftlichen Gerechtigkeiten, auf die die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden, ein Besitz anerkannt werden. Auf den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten kann ein selbständiger Rechtsbesitz nach Mafsgabe des bisherigen Rechts bestehen[77]. Überdies aber wird, wennschon

---

[72] Preufs. L.R. I, 7 § 5—7 u. 9; auch blofse „Inhabung" von Rechten ist nach § 4 möglich. Besonders erwähnt wird Besitz an Erbrecht (I, 9 § 495 ff.), Bannrechten (I, 23 § 3), bäuerlichen Diensten und Abgaben (II, 7 § 487), Adel (II, 9 § 18 ff.), Patronat (II, 11 § 576), Zehnten (II, 11 § 861 u. 863), Regalien (II, 14 § 26) und Steuerfreiheit (II, 14 § 80). Vgl. Bruns S. 432 ff.; Förster-Eccius III § 189; über und wider unberechtigte Verengerungen Dernburg, Preufs. P.R. I § 160.

[73] Österr. Gb. § 311. Über die Tragweite herrscht Streit; vgl. Pfersche § 20, Krainz § 170, Randa S. 621 ff. Man wird wohl Familienrechte ausschliefsen müssen (a. M. Krainz), nicht aber übertragbare Persönlichkeitsrechte und Forderungsrechte.

[74] B.G.B. § 1029, 1090 Abs. 2, E.G. Art. 191. Davon unten § 144 VII 2 u. § 145.

[75] Nur teilweise bietet dafür die Ausdehnung des Sachbesitzes Ersatz. Ohne Ersatz ist namentlich der Besitz bei Reallasten weggefallen. Dagegen stellt der Schweiz. Entw. § 961 Abs. 2 dem Sachbesitz die tatsächliche Ausübung des Rechts bei Grunddienstbarkeiten und Grundlasten gleich.

[76] Es ist daher auch ein Teilbesitz am Realrecht (z. B. Pachtbesitz am Jagdrecht oder an einem Realgewerberecht) möglich.

[77] Gerade hier aber spielt der Rechtsbesitz vielfach eine kaum entbehrliche Rolle; so im Wasser-, Fischerei-, Jagd- und Bergrecht, an Regalien und

Digitized by Google

nicht der technische Begriff, so doch der Gedanke des Besitzes sich auch künftig bei den dafür geeigneten Rechten durchsetzen[78].

§ 115. Erwerb und Verlust des Besitzes.

I. Überhaupt. Erwerb und Verlust des Besitzes sind auf Grundlage des unter deutschrechtlichen Einflüssen abgewandelten römischen Rechts in den neueren Gesetzbüchern eingehend geregelt[1]. Das B.G.B. begnügt sich mit der Aufstellung weniger und keineswegs unzweideutiger Rechtssätze[2].

Gewifs ist, dafs eine Besitznachfolge stattfindet. Der Besitz ist übertragbar und vererblich. In diesem Punkte hat die Gewere den Sieg über die Possessio davongetragen. Es ist somit zwischen ursprünglichem und abgeleitetem Besitzerwerb zu unterscheiden.

Die Umgestaltung der Besitzverhältnisse vollzieht sich zum Teil durch ungewollte Vorgänge, überwiegend aber durch menschliche Handlungen[3]. Diese Handlungen sind stets Rechtshandlungen, in vielen Fällen Rechtsgeschäfte. Insofern sie Rechtsgeschäfte sind, können sie einerseits durch blofse Willenserklärungen vollzogen werden, sind sie aber andererseits an alle Erfordernisse der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen gebunden. Die nicht rechtsgeschäftlichen Handlungen dagegen fordern einen in die Sachenwelt sinnfällig eingreifenden Realakt, brauchen

---

Gewerbeberechtigungen, am Adel, an kirchenrechtlich oder sonst öffentlichrechtlich bedingten Rechten. — Das Preufs. A.G. zum B.G.B. Art. 89 hat freilich den ganzen Tit. 7 T. I des Preufs. Landr. aufgehoben; soweit aber öffentliches Recht hineinspielt, bleiben seine Vorschriften über Rechtsbesitz anwendbar.

[78] Vgl. Gierke, Entw. S. 297 ff.; Strohal, Jahrb. f. D. XXIX 337 ff.; Jhering, Handwörterbuch II 425; Bekker, Jahrb. f. D. XXXIV 24 ff. — Am wenigsten kann der Besitzesgedanke aus dem Namen-, Zeichen- und Erfinderrecht verschwinden.

[1] Preufs. L.R. I, 7 § 20 ff., 111 ff.; Österr. Gb. § 311 ff.; Sächs. Gb. § 193 ff., 211 ff.; Schweiz. Ges. b. Huber III 116 ff., 134 ff. Vgl. Randa § 11—22.

[2] B.G.B. § 854, 856, 857, 870; doch sind auch § 929—930 heranzuziehen. — Vgl. dazu Schweiz. Entw. § 963—967.

[3] Vgl. Eltzbacher, Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1903, S. 209 ff. Ihm ist jedoch darin nicht beizustimmen, dafs die auf Erwerb oder Verlust des Besitzes gerichteten Handlungen, soweit sie nicht Willenserklärungen sind, „Handlungen ohne Äufserungsgehalt" seien.

Digitized by Google

aber nicht die besonderen Erfordernisse rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen zu erfüllen. Doch setzen auch sie einen ihrem Rechtsinhalte entsprechenden Willen und somit, obschon nicht Geschäftsfähigkeit, das nach den Umständen erforderliche Mafs tatsächlicher Willensfähigkeit voraus. Und auch bei ihnen findet eine Vertretung statt, die nur wieder nicht den besonderen Regeln der rechtsgeschäftlichen Vertretung unterliegt.

II. Erwerb. Erworben wird der Besitz „durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache“[4]. Es genügt die Herstellung eines äufseren Verhältnisses, das nach der Lebensanschauung eine befestigte Herrschaft der Person über die Sache begründet.

Hierzu aber ist erforderlich, dafs derartige Herrschaft gewollt ist. Allerdings ist das Erfordernis eines besonderen Besitzwillens, wie es vom römischen Recht mit dem Verlangen von „corpus“ und „animus“ aufgestellt ist[5], vom B.G.B. im Anschlufs an das deutsche Recht gestrichen. Keineswegs aber ist damit das Willenserfordernis überhaupt beseitigt[6]. Vielmehr ist die Erlangung einer tatsächlichen Gewalt, die als Besitz erscheinen soll, nicht ohne einen darauf gerichteten Willen möglich. Ohne Prüfung des Willensinhaltes läfst sich einer die Sache einer Person unterwerfenden Handlung, mag sie in vollem Ergreifen oder blofsem Betreten oder Berühren bestehen, niemals ansehen, ob sie Besitz oder nur vorübergehende Inhabung und ob sie im ersteren Falle eignen Besitz oder Besitz eines Anderen begründet. Der nackte Tatbestand aber einer ungewollten Macht über eine Sache verschafft immer nur Inhabung oder Gewahrsam, niemals

---

[4] B.G.B. § 854 Abs. 1.

[5] Dies nimmt mit Recht die herrschende Lehre an. Jhering hat sie nicht widerlegt. Jedenfalls stand das gemeine Recht auf diesem Standpunkt. Ebenso die in Anm. 1 angeführten Gesetzbücher, sowie Entw. I § 797.

[6] Hierüber herrscht ungeschlichteter Streit. Grundsätzlich halten am Besitzwillen als Element des Besitzerwerbes fest: Endemann II § 37 ff., Cosack § 186, Affolter, Arch. f. b. R. XVII 1 ff., Frank, Der Besitzwille nach dem B.G.B., Bonn 1898, Kipp b. Windscheid I 691 ff., O. Lehmann, B.R. II 66 ff., Matthiafs § 3, Kober zu § 854 Bem. I, Landsberg S. 623, Bunsen a. a. O. S. 81 Anm. 1 u. S. 86 Anm. 20, für den Regelfall auch Dernburg III § 17. Dagegen nehmen Andere an, dafs der Besitzwille zwar vielfach eine Voraussetzung für die Erlangung der tatsächlichen Gewalt ist, aber auch völlig fehlen kann; so Strohal, Sachbesitz S. 66 ff., Bekker, Jahrb. f. D. XXXIV 29 ff., Biermann zu § 854 Bem. 3, Planck zu § 854 Bem. 2, Fr. Leonhard a. a. O. S. 69, Burghoff, Der Besitzwille, Greifswald 1900, Eltzbacher S. 211 ff.

Digitized by Google

Besitz. Nur genügt nach dem neuen Rechte das dem erforderlichen tatsächlichen Herrschaftsverhältnis entsprechende tatsächliche Willensverhältnis ohne Rücksicht auf eine besondere juristische Qualifikation.

Darum kann auch der Geschäftsunfähige durch eigne Handlung Besitz erwerben[7]. Aber immer nur nach dem Maſse der von ihm betätigten natürlichen Willensfähigkeit[8].

Darum kann ferner Besitz ohne Wissen von dem Eintritte der tatsächlichen Gewalt erworben werden. Aber immer nur dann, wenn dem allgemeinen Willen des Erwerbers gemäſs die Erlangung der Herrschaft durch Verwirklichung eines solchen Tatbestandes, wie er im Einzelfalle die Gewalt verschafft, als gewollt erscheint[9]. Dagegen gelangt eine Sache dadurch, daſs sie durch unberechenbaren Zufall oder durch aufdringliche Handlung eines Dritten in den von Jemand beherrschten Raum gebracht wird, noch nicht in den Besitz dessen, dem unwissentlich die Gewalt erwachsen ist[10].

Darum endlich erfolgt der Besitzerwerb durch Vertreter unabhängig von einer auf Willenserklärung gerichteten Vertretungsmacht und Kundgebung des Willens, in fremdem Namen zu handeln. Aber immer nur, wenn den Umständen nach der Vertreter dem Ver-

---

[7] A. M. nur Endemann II § 34 S. 154.

[8] So kann ein Kind Besitz am gefangenen Schmetterling oder am geschenkten Geldstück erwerben. Keinen Besitz aber erlangt der Säugling, der die goldene Uhr packt, der Fieberkranke, der das Messer des Arztes an sich reiſst, der Tobsüchtige, der ein Haus stürmt.

[9] So kann der Schlafende oder Abwesende Besitz an den in den Hausbriefkasten gesteckten Zeitungen, an dem vom Freunde auf den Schreibtisch gelegten Widmungsexemplar eines Buches, an überbrachter bestellter Ware erwerben; so erwirbt man Besitz, wenn das Tier in die ihm gestellte Falle geht oder der gestohlene Hund in das Haus zurückläuft. Besonders deutlich tritt der Wille als entscheidend hervor, wenn z. B. auf einem gemeinschaftlichen Hofraum das von einem Mitbenutzer bestellte Holz niedergelegt wird: nur er erwirbt den Besitz.

[10] Daſs eine Sache, die auf ein fremdes Grundstück gelangt, dadurch noch nicht in den Besitz des Grundbesitzers kommt, setzt das B.G.B. selbst in § 866 voraus. Ebensowenig aber kann durch Niederlegung unbestellter Ware oder durch das Einschmuggeln einer gestohlenen Sache in Jemandes Tasche oder Schrank Besitz aufgedrängt werden. Man darf hier auch nicht mit Dernburg a. a. O. S. 59 ff. von einer Nebenform des Besitzes reden. Die eintretenden Rechtsfolgen sind nur solche, die sich eben an „Inhabung" oder „Gewahrsam" knüpfen. Vgl. Endemann a. a. O. S. 159 ff. — A. M. Strohal S. 73 ff., Biermann zu § 854 Bem. 5.

Digitized by Google

tretenen eine Gewalt verschafft, die sich für diesen als eine gewollte Sachherrschaft darstellt. Demgemäfs ist zum Besitzerwerbe durch einen Anderen, der eine Sache in seine tatsächliche Gewalt bringt, stets erforderlich, dafs der Andere bei der Herstellung des entsprechenden äufseren Zustandes auf Grund eines Verhältnisses tätig wird, das ihn dem Erwerber als Machtwerkzeug angliedert; die Beschaffenheit dieses Verhältnisses aber entscheidet darüber, ob der Vertreter als blofser Besitzhalter nur für den Vertretenen als Haus- oder Geschäftsherrn Besitz begründet oder gleichzeitig für sich selbst unmittelbaren und für den Vertretenen mittelbaren Besitz erwirbt. Und es ist ferner unerläfslich, dafs dem inneren Willensverhältnisse gemäfs die erlangte Sachherrschaft dem Vertretenen als gewollt zuzurechnen ist, mag er nun einen auf sie gerichteten besonderen Willen gefafst haben oder mag sein allgemeiner Wille auch den unwissentlich erlangten Machtzuwachs decken oder mag endlich fremder Wille kraft gesetzlicher Vertretungsmacht wie sein eigner Wille wirken[11].

III. Ursprünglicher Erwerb. Der ursprüngliche Besitzerwerb erfolgt durch einseitige Besitzergreifung. Sie fordert stets einen Realakt, der eine sinnfällige Veränderung in dem Zustande des Sachkörpers herbeiführt. So wird der Besitz an besitzfreien (herrenlosen oder verlorenen) Sachen niemals durch blofse Willenserklärung, sondern nur durch leibliche Besitznahme erlangt. Ebenso ist zum Besitzerwerbe durch Besitzentziehung die äufserlich wahrnehmbare Verdrängung des bisherigen Besitzes durch eignen Besitz, die Entsetzung aus dem Liegenschaftsbesitz, die Wegnahme der beweglichen Sache usw. erforderlich. Darum kann auch der Besitzhalter seine Inhabung nicht durch blofsen Willensentschlufs in Besitz verwandeln, wird vielmehr erst Besitzer, wenn er diesen Entschlufs durch einen die Gewalt des Besitzherrn vernichtenden Eingriff (z. B. Verwendung für sich, Beiseiteschaffung, Veräufserung) verwirklicht hat. In gleicher Weise mufs der Lehnbesitzer, um Alleinbesitz an sich zu reifsen, erst durch erfolgreiche Eigenmacht den mittelbaren Besitz zerstören.

IV. Besitzübertragung. Während nach römischer Auffassung aller Besitzerwerb originär ist und auch bei der Tradition

---

[11] Vgl. Dernburg § 20; Endemann § 39; Biermann zu § 855 Bem. 4; Kober zu § 854 Bem. IV; Planck zu § 854 Bem. 5; Fr. Leonhard, Vertretung bei Fahrniserwerb, 1899. — Für das bisherige Recht R.Ger. XI Nr. 24, XXX Nr. 43; Seuff. XLVIII Nr. 248.

Digitized by Google

keine eigentliche Sukzession in den Besitz stattfindet[12], wurde unter dem Einflufs der germanischen Vorstellungen im älteren gemeinen Recht und in den neueren Gesetzbüchern der Besitz als übertragbar behandelt und eine wirkliche Besitznachfolge anerkannt[13]. Das B.G.B. schliefst sich unzweideutig dieser Entwicklung an. Es gibt also abgeleiteten Besitzerwerb unter Lebenden. Er kommt durch Übertragung des Besitzes zustande. Die Übertragung bewirkt eine Nachfolge in den Besitz, so dafs der Besitz in derselben Rechtslage, in der ihn der Vorgänger hatte, mit den ihm anhaftenden Ansprüchen und Einreden übergeht. Nur rein subjektive Mängel sind aus der Person des jeweiligen Besitzers zu beurteilen. Doch mufs der Nachfolger die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie beim Erwerbe kannte[14].

Die Übertragung erfolgt durch eine Rechtshandlung, die entweder Realakt oder Rechtsgeschäft ist. Realakt ist die körperliche Übergabe, die im germanischen Recht anfänglich zur Übertragung leiblicher Gewere unerläfslich war und auch im römischen Recht ursprünglich allein unter Tradition verstanden wurde. In beiden Rechten aber entwickelten sich rechtsgeschäftliche Ersatzmittel der Übergabe, aus denen die Theorie seit dem Mittelalter unter Heranziehung des im germanischen Recht nur für die ideelle Gewere verwandten Gedankens einer blofs symbolischen Investitur ein umfassendes System der Besitzübertragung durch Zeichen oder durch Wort herausspann. Man stellte nun der „traditio vera" die Besitzübertragung ohne leibliche Übergabe als „traditio ficta" zur Seite[15]. Die Gesetzbücher folgten und liefsen in verschiedenem Umfange eine „symbolische" und eine durch blofse Willenserklärung vollzogene Übergabe zu. Demgegenüber griff die romanistische Gegenströmung des 19. Jahrhunderts auf das römische

---

[12] Paulus in l. 1 § 2 D. h. t.: adipiscimur autem possessionem per nosmet ipsos. Vgl. Dernburg, Pand. I § 177. — Für das Recht des B.G.B. wollen Binder, Die Rechtsstellung des Erben I 47 ff. Anm. 44, u. Kohler, Arch. f. b. R. XVIII 80, hieran festhalten.

[13] Für die gemeinrechtliche Geltung der Besitznachfolge sind bes. Brinz, Jahrb. des gem. R. III Nr. 2, Strohal, Sukzession in den Besitz, u. Biermann, Traditio ficta, eingetreten.

[14] B.G.B. § 858 Abs. 2. Verschuldete Unkenntnis steht nicht gleich, und später erlangte Kenntnis schadet nicht. Dagegen pflanzt sich natürlich die Fehlerhaftigkeit bei weiterer Übertragung fort; nicht blofs der Hehler, sondern auch der Unterhehler besitzt fehlerhaft.

[15] Vgl. Biermann, Traditio ficta S. 18 ff.

Digitized by Google

Traditionsrecht zurück und erreichte mindestens so viel, dafs der Begriff der symbolischen Übergabe aufgegeben und die Tradition durch blofse Willenserklärung an besondere Voraussetzungen gebunden wurde. Das B.G.B. schliefst sich an das bisherige gemeine Recht an, unterscheidet aber scharf die Besitzübertragung durch eigentliche Übergabe und die Besitzübertragung durch Rechtsgeschäft und pafst die einzelnen Übertragungsformen seinem erweiterten Besitzesbegriff an.

1. Übergabe. Die Übergabe fordert eine beiderseitig gewollte sinnfällige Veränderung, durch die die tatsächliche Sachherrschaft ganz oder teilweise von dem Einen zum Andern hinübergeleitet wird. Sie ist nicht möglich ohne einen Wechsel im unmittelbaren Besitz. Doch dient sie nicht nur der Übertragung von Alleinbesitz, sondern auch der Abzweigung, Weiterübertragung oder Zurückstellung von Lehnbesitz, Teilbesitz und Mitbesitz[16]. Und sie kann mit dem unmittelbaren Besitz zugleich mittelbaren Besitz überführen[17]. Der innere Vorgang braucht keine rechtsgeschäftliche Willenseinigung zu sein, mufs aber den Willen, Besitz einzuräumen, und den Willen, Besitz zu empfangen, zusammenschliefsen[18]. Der äufsere Vorgang mufs die Verschiebung der tatsächlichen Gewalt über die Sache ersichtlich machen, kann jedoch im Gegensatze zum ursprünglichen Besitzerwerbe sich ohne eine die Sache selbst berührende Veränderung vollziehen. Zwar ist eine symbolische Übergabe durch Aushändigung eines Herrschafts-

[16] Das B.G.B. spricht von „Übergabe" behufs Begründung von Niefsbrauch (§ 1032) und Pfandrecht (§ 1205); „Übergabe" aber ist auch die Herausgabe des Pfandes an einen neuen Pfandgläubiger (§ 1251) und die „Rückgabe" an den Verpfänder oder Eigentümer (§ 1253); ebenso verhält es sich bei dem Pacht-, Miets-, Leih- und Verwahrungsbesitz.

[17] Der Besitzmittler, der die Sache auf Anweisung des mittelbaren Besitzers übergibt, überträgt zugleich dessen mittelbaren Besitz; die Übergabe an einen Vertreter, der Besitzmittler wird, überträgt zugleich mittelbaren Besitz auf den Vertretenen; die Übergabe des Traditionspapiers überträgt mit dem unmittelbaren Besitz am Papier zugleich mittelbaren Besitz an der Ware.

[18] Eine Übergabe liegt nicht vor, wenn der bisherige Besitzer derelinquiert hat oder der neue Besitzer einseitig Besitz ergreift. Wer z. B. die vom Diebe ihm unvermerkt zugesteckte Sache an sich nimmt, um sie für den Bestohlenen zu verwahren, ist nicht Besitznachfolger des Diebes und besitzt daher auch bei Kenntnis der Fehlerhaftigkeit von dessen Besitz nicht fehlerhaft. — Übergabe durch oder an einen Geschäftsunfähigen ist nach dem Mafse der tatsächlichen Willensfähigkeit möglich; vgl. schon R.Ger. in Str.S. II Nr. 139.

Digitized by Google

zeichens nicht mehr anerkannt. Wohl aber genügt zur Übergabe die Aushändigung eines nach der Lebensanschauung die Gewalt verschaffenden Herrschaftsmittels[19].

Hiernach liegt eine wirkliche Übergabe in der schon vom römischen Recht zugelassenen Übergabe durch Aushändigung der Schlüssel; sie überträgt insoweit Besitz an den verschlossenen Sachen, als sie gewolltermafsen den Erwerber in den Stand setzt, die Sachherrschaft auszuüben[20]. Dagegen erlangt der Dieb oder Finder, der einen Schlüssel an sich nimmt, zunächst nur den Besitz des Schlüssels.

Als wirkliche Übergabe erscheint auch die aus dem germanischen Recht entwickelte Übergabe der von einem Schiffer, Frachtführer oder Lagerhalter übernommenen Ware durch Übergabe des über sie lautenden Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins an den durch das Papier legitimierten Empfänger[21]. Sie überträgt an der Ware nur mittelbaren Besitz und kann ihn nur insoweit übertragen, als er dem Übergebenden selbst zusteht; allein die Übertragung des mittelbaren Besitzes erfolgt durch eine das Warenpapier als Herrschaftsmittel betreffende Übergabe, für die der Tatbestand einer Sachübergabe erforderlich ist und ausreicht[22].

---

[19] Vgl. Schweiz. Entw. § 964 Abs. 1: Der Besitz wird übertragen durch die Übergabe der Sache selbst, sowie dadurch, dafs dem Empfänger die Mittel übergeben werden, die ihm Gewalt über die Sache verschaffen.

[20] Dafs die Übergabe der Schlüssel in der Nähe des Behältnisses erfolge, wie noch Papinian in l. 74 D. de contract. emt. 18, 1 verlangt, ist nicht erforderlich; Biermann a. a. O. S. 386 ff.; Preufs. L.R. I, 7 § 65; Code civ. Art. 1606; anders Sächs. Gb. § 199. Zur Übergabe des Behältnisses selbst reicht die Schlüsselübergabe nicht aus; die früher sehr verbreitete (für Immobilien im Code civ. Art. 1605 sanktionierte) gegenteilige Annahme beruht auf dem Gedanken der symbolischen Tradition; Biermann S. 272 ff., 297 ff. Der Schlüssel mufs passen; im Sinne der symbolischen Tradition sah man bisweilen auch hiervon ab, Biermann S. 300. Übergabe eines von mehreren Schlüsseln begründet, wenn jeder für sich öffnet, einfachen Mitbesitz (R.Ger. XXXVII Nr. 9), wenn sie nur zusammen öffnen, Mitbesitz zur gesamten Hand (B.G.B. § 1206). Unerläfslich ist Besitzeinräumungswille; R.Ger. b. Seuff. XLVI Nr. 169. Nicht aber, wie Dernburg S. 61 meint, Willenseinigung im Sinne des § 854 Abs. 2.

[21] H.G.B. § 424, 450, 647, B.Sch.Ges. § 72. Vgl. Goldschmidt, H.R. I 707 ff.; Strohal, Sukzession S. 212 ff.; Cosack, H.R. S. 464 ff. — Ist das Warenpapier Rektapapier, so ist Übergabe an den benannten Empfänger erforderlich; R.Ger. XVIII Nr. 7. Lautet es an Order, so bedarf es einer durch Indossament bewirkten Legitimation des Erwerbers. Ist es Inhaberpapier oder zur Zeit in blanco indossiert, so genügt nackte Übergabe.

[22] Darum ist diese Besitzübertragungsform nicht mit Strohal, Sach-

Digitized by Google

Einseitige Besitzergreifung hat wiederum nicht die gleiche Wirkung, verschafft vielmehr auch dem durch das Papier legitimierten Empfänger nur den Papierbesitz. Die Übergabe anderer auf die Sache bezüglichen Urkunden ist nach heutigem Rechte kein Mittel der Besitzübertragung[23], kann indes bei jeder Art der Besitzübertragung als Willenskundgebung Bedeutung gewinnen.

Eine wirkliche Übergabe kann endlich auch durch Zeichnung der Sache zustande kommen[24]. Wenn der Erwerber mit Bewilligung des Veräufserers seine Marke oder ein anderes für Jedermann deutliches Besitzzeichen an der Sache anbringt, schien gerade der germanischen Auffassung hiermit das Erfordernis sinnfälliger Kundgebung des Besitzwechsels erfüllt zu sein. Auch heute aber wird man daran festhalten müssen, dafs gehörige Zeichnung, obschon sie für sich allein zur Besitzübertragung nicht ausreicht, doch nicht nur als Willenskundgebung erheblich ist, sondern auch eine durch Willenseinigung vollzogene Besitzübertragung zur leiblichen Übergabe stempeln kann[25].

2. Rechtsgeschäftliche Besitzübertragung. Eine Übertragung von Besitz durch blofse Willenserklärung kann stattfinden, wenn besondere Umstände hinzutreten, die einen Übergang tatsächlicher Sachherrschaft ohne körperliche Übergabe als möglich erscheinen lassen. Erforderlich aber ist hier eine „Einigung", deren Inhalt der Übergang von Besitz ist. Diese Willenseinigung

---

besitz S. 94 ff., Dernburg S. 61 u. A. als blofse Unterart der Besitzübertragung durch Anspruchsabtretung (B.G.B. § 870) zu behandeln. Vgl. unten § 128 Anm. 11, § 129 Anm. 82 u. 107.

[23] Früher wurde in weitem Umfange eine symbolische Tradition durch Übergabe der Erwerbsurkunde oder (unter Einwirkung der doch nur ideelle Gewere übertragenden germanischen traditio per cartam) der Veräufserungsurkunde anerkannt; Biermann S. 102 ff., 273 ff., 300 ff., 388 ff. Gegen die Annahme einer Tradition durch Aushändigung der Faktura vgl. Seuff. V Nr. 253, VII Nr. 8.

[24] Über die (wegen des Widerspruchs zwischen l. 1 § 2 u. l. 14 § 1 D. de per. et comm. r. v. 18, 6) sehr bestrittene Auffassung des römischen Rechts und die spätere Theorie und Praxis vgl. Kohler, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XII 1 ff., Biermann S. 130 ff., 281 ff., 307 ff., 332, 343 ff., 392 ff.; dazu oben Bd. I 729 Anm. 24; Österr. Gb. § 427.

[25] So insbesondere bei frei lagernden oder doch dem Erwerber stets zugänglichen Sachen, wenn die Einigung nach § 854 Abs. 2 erfolgt ist. Auch die Übergabe stehender Bäume durch Anschlag mit dem Waldhammer (vgl. Beseler § 89 Anm. 3, Biermann S. 393 ff.) bleibt nach dem B.G.B. möglich, da besonderer Besitz an den Bäumen erworben werden kann (oben § 114 Anm. 35).

Digitized by Google

hat alle Merkmale eines dinglichen Vertrages. An eine Form ist sie nicht gebunden, kann daher auch stillschweigend erfolgen.

Der Besitzvertrag bewirkt, wo er zulässig ist, unmittelbar den Erwerb von Besitz. Eine nachträgliche sinnfällige Veränderung der Herrschaftslage ist indes nicht bedeutungslos. Denn sie kann die Konsensualtradition zur leiblichen Übergabe vervollständigen.

Ist der Besitzvertrag (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit eines Teils oder wegen Willensmangels oder wegen Formmangels eines ihn einschliefsenden Vertrages) nichtig oder wird er erfolgreich angefochten[26], so überträgt er keinen Besitz. Ist er (z. B. wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit des Veräufserers oder wegen Mangels in der Vertretungsmacht eines Vertreters) einstweilen unwirksam, so überträgt er nur Besitz, wenn er nachträglich wirksam wird. Ist er aufschiebend bedingt oder befristet, so überträgt er erst beim Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins, ist er auflösend bedingt oder befristet, so nur bis zum Eintritt der Bedingung oder des Endtermins Besitz. In allen Fällen aber hindern Mängel oder Einschränkungen der Willenseinigung nicht den Erwerb des Besitzes durch späteren Realakt, der unter Umständen, falls der Willensvorgang hierfür ausreicht, eine leibliche Übergabe, sonst mindestens ursprünglichen Besitzerwerb herstellt.

a. Besitzzuweisung. Zur Übertragung des unmittelbaren Besitzes genügt der Besitzvertrag, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben[27]. Ein solcher Besitzzuweisungsvertrag setzt voraus, dafs der bisherige Besitzer unmittelbar besitzt und den unmittelbaren Besitz aufgeben, der Erwerber unmittelbaren Besitz erlangen will. Der aufgegebene wie der erworbene Besitz kann Eigenbesitz, Lehnbesitz, Teilbesitz, Mitbesitz sein.

Hauptfall ist die Besitzzuweisung an einer frei zugänglichen Sache, einem offenen Grundstücke, im Freien aufgeschichtetem Holz, auf dem Felde aufgestapeltem Getreide, frei lagerndem Gerät usw. Im bisherigen Recht ist eine solche Besitzzuweisung nur in engen Grenzen als „traditio longa manu" (früher auch „traditio per visum") anerkannt; sie fordert eine für die Sinne erreichbare Nähe der Sache (praesentia rei) und wird über-

[26] Über die Anfechtung der Besitzübertragung nach B.G.B. handelt sehr eingehend Aravantinos, Jahrb. f. D. XLVIII 101 ff.

[27] B.G.B. § 854 Abs. 2; Seuff. LVII Nr. 220.

Digitized by Google

wiegend als eine Abart der körperlichen Übergabe behandelt[28]. Das B.G.B. verlangt nur, dafs die körperliche Besitzergreifung durch den Erwerber jederzeit ungehindert erfolgen kann; ist dies der Fall, so kann der Besitz auch fern von der Sache (z. B. bei Gelegenheit der Auflassung vor dem Grundbuchamt oder bei Abschlufs eines Kaufgeschäftes im Kontor) übertragen werden. Dafür steht aber eine solche Besitzübertragung der leiblichen Übergabe keineswegs gleich, ist vielmehr an alle Voraussetzungen eines Vertragsschlusses gebunden und auf die Wirkungen eines Besitzvertrages beschränkt[29].

Ein anderer hierher gehöriger Fall ist die Besitzzuweisung an einen Mitbesitzer, für die wenigstens regelmäfsig die Willenseinigung zwischen den Mitbesitzern genügen wird[30].

Ebenso fällt unter § 854 Abs. 2 die Besitzzuweisung an den Besitzhalter durch den Besitzer; hier wird durch Willenseinigung die bisherige Inhabung in Besitz verwandelt[31]. Der Vorgang entspricht der schon im bisherigen Recht allgemein anerkannten traditio brevi manu[32].

b. Besitzauflassung. Willenseinigung ist ausreichend, um bisherigen mittelbaren Besitz auf den Besitzmittler zu übertragen. Durch einen solchen Besitzauflassungsvertrag kann unmittelbarer Lehnbesitz zu Eigenbesitz oder doch zu vollerem Lehnbesitz verstärkt, aber auch mittelbarer Lehnbesitz in vollständigeren mittelbaren Besitz verwandelt werden[33]. Hierher gehören viele Fälle,

[28] Vgl. l. 18 § 2 D. h. t., l. 79 D. 46, 2; über die Fortbildung Biermann, Traditio ficta S. 41 ff., 90 ff., 232 ff.

[29] Strohal, Sachbesitz S. 81 ff.; Dernburg S. 60; Cosack S. 73 ff.; Biermann § 854 Bem. 6—8; Kober § 854 Bem. II; O. Lehmann S. 73. — Dagegen konstruiert Planck, Bem. 3 zu § 854, die Besitzzuweisung als eine Art der Übergabe und leugnet ihre Vertragsnatur; ebenso Aravantinos S. 154. Hiermit übereinstimmend Schweiz. Entw. § 964 Abs. 2.

[30] Jedoch nicht immer; so z. B. nicht im Falle des Mitverschlusses.

[31] Möglicherweise in Alleinbesitz; doch kann der Besitzherr sich auch Oberbesitz oder Mitbesitz vorbehalten oder nur Teilbesitz übertragen.

[32] Sie hat aber im gemeinen Recht ein viel weiteres Gebiet, weil die Fälle bloſser Detention viel häufiger sind. Vgl. Biermann a. a. O. S. 59, 130 ff., 235 ff.

[33] Unmittelbarer Eigenbesitz entsteht z. B., wenn der Eigenbesitzer die Sache an den bisherigen Pfand-, Nutzungs-, Pacht-, Miets-, Leih- oder Verwahrungsbesitzer veräuſsert (B.G.B. § 929 S. 2); unmittelbarer verstärkter Lehnbesitz, wenn der Eigenbesitzer dem Pacht-, Miets- oder Verwahrungsbesitzer Nieſsbrauch bestellt (§ 1032) oder verpfändet (§ 1205 Abs. 1 S. 2), aber auch, wenn der Nieſsbraucher dem Verwahrer vermietet oder verpachtet

Digitized by Google

in denen nach bisherigem gemeinen Recht traditio brevi manu vorliegt. Nach dem B.G.B. handelt es sich nicht um volle Besitzübertragung, sondern nur um Besitzstärkung durch Auflassung von einschränkendem Oberbesitz[34].

c. Besitzauftragung. Willenseinigung genügt, damit der Besitzer unter Festhaltung von vermittelndem Besitz mittelbaren Besitz übertrage. Ein solcher Besitzauftragungsvertrag mufs sich auf Begründung eines Rechtsverhältnisses richten, kraft dessen der Besitzer (als Nutzungs-, Pacht-, Miets-, Pfand-, Leih- oder Verwahrungsbesitzer) zum Besitzmittler des Erwerbers wird[35]. Erlangt der Erwerber durch wirksamen Besitzvertrag die tatsächliche Stellung eines Besitzherrn, so ist mittelbarer Besitz auf ihn übergegangen, mag auch das vereinbarte Rechtsverhältnis nicht zustande gekommen sein[36].

Die Besitzauftragung hat ihr Vorbild im älteren deutschen Recht, das freilich eine Übertragung von Fahrnisgewere unter Zurückbehaltung der lediglichen Gewere nicht kannte[37], wohl aber bei der Lehnsauftragung, der Vergabung mit Vorbehalt des Niefsbrauchs und ähnlichen Rechtsgeschäften, nachdem das ursprüng-

---

(§ 1059); mittelbarer Eigenbesitz, wenn z. B. der Eigenbesitzer dem Niefsbrauchsbesitzer die von diesem verpachtete oder vermietete Sache schenkt oder verkauft; mittelbarer verstärkter Lehnbesitz, wenn z. B. der Eigenbesitzer dem Pachtbesitzer an der im Besitz eines Unterpächters befindlichen Sache Niefsbrauch bestellt.

[34] Also keine translative, sondern restitutive Übertragung; Bd. I 279. — Die restitutive Besitzübertragung in umgekehrter Richtung durch Aufgeben von Lehnbesitz an den Oberbesitzer kann durch blofse Willenseinigung nur im Falle des § 854 Abs. 2 zustande kommen.

[35] Der Besitzer braucht nicht Eigenbesitzer zu sein, er mufs nur einen nach oben unbeschränkten Besitz haben; so kann der Finder dem Verlierer mittelbaren Besitz verschaffen, indem er mit ihm einig wird, dafs er die Sache als Verwahrer behält. Andererseits kann er Eigenbesitz behalten; so, wenn der Eigenbesitzer unter Vorbehalt von Pacht- oder Mietsbesitz Niefsbrauch bestellt. Nicht blofs der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Besitzer kann Besitz auftragen; der Eigenbesitzer, der die Sache vermietet oder verpachtet oder in Verwahrung gegeben hat, kann sie unter Vorbehalt von Niefsbrauchsbesitz übereignen; vgl. Biermann, Planck, Kober zu § 930, Cosack S. 71; a. M. Endemann II § 35.

[36] Biermann zu § 930 Bem. 1, Planck Bem. 3, Kober Bem. 1, Kohler, Arch. f. b. R. XVIII 76; a. M. Endemann S. 147. — Ist der Besitzvertrag selbst unwirksam, so liegt in der gleichwohl erlangten Stellung eines Besitzherrn nur ursprünglicher Erwerb des mittelbaren Besitzes.

[37] Vgl. oben § 113 Anm. 24. Hiermit hängt der französische Satz „donner et retenir ne vaut“ zusammen; Warnkönig II 557.

Digitized by Google

liche Erfordernis der sessio triduana weggefallen war, dem dinglichen Vertrage die Kraft verlieh, eine liegenschaftliche Eigengewere über der zurückbehaltenen Lehns- oder Nutzungsgewere zu begründen[38]. In erweitertem Umfange wurde seit der Aufnahme des römischen Rechts die Übertragung des Besitzes an beweglichen wie unbeweglichen Sachen unter Zurückbehaltung der Inhabung durch constitutum possessorium zugelassen[39]. Ja, man war nahe daran, auf diesem Wege die vertragsmäfsige Besitzübertragung von allem Wechsel der tatsächlichen Herrschaftsverhältnisse loszulösen, indem man im Falle einer ausdrücklichen Willenserklärung auch das abstrakte Konstitut als wirksam anerkannte[40], bis neuerdings die Meinung siegte, dafs der Besitz nur übergehe, wenn durch besonderes Rechtsgeschäft eine die fortdauernde Inhabung rechtfertigende causa detentionis geschaffen sei[41]. An diese Entwicklung knüpft das B.G.B. an. Allein es schliefst nicht nur das abstrakte Konstitut endgültig aus[42], sondern verwandelt zugleich das innere Wesen des kausalen Konstituts[43]. Denn da anstatt der Umwandlung von Besitz in blofse Inhabung die Festhaltung von Besitz erforderlich ist, stellt sich der Vorgang nicht mehr als volle Besitzübertragung, sondern nur als Besitzschwächung durch Abzweigung von Oberbesitz dar[44].

---

[38] Vgl. oben § 113 Anm. 39, 50, 58.

[39] Vgl. l. 18 pr. D. h. t. und die bei Biermann, Trad. ficta S. 15—17, zusammengestellten weiteren Quellenstellen, Kohler, Arch. f. b. R. XVIII 2 ff.; über die Fortbildung Biermann a. a. O. S. 51 ff., 105 ff., 190 ff., 238 ff., 308 ff., 371 ff., Kohler a. a. O. S. 10 ff. — Bayr. L.R. II c. 5 § 7; Preufs. L.R. I, 7 § 71—73; Österr. Gb. § 428.

[40] So noch Entsch. b. Seuff. XXXIV Nr. 13, XXXVII Nr. 192, XXXIX Nr. 190.

[41] So für das gem. R. R.Ger. V Nr. 49, R.Ger. b. Seuff. XLII Nr. 281, vgl. auch Seuff. XL Nr. 8, XLIX Nr. 235; für das preufs. R. R.Ger. XXIV Nr. 62 S. 311, XXXV Nr. 65 S. 352.

[42] Strohal S. 92, Biermann zu § 930 Bem. 1, Kober Bem. 1; R.Ger. XLIX 173. — Soll der bisherige Besitzer zum blofsen Besitzhalter des Erwerbers werden, so genügt Willenseinigung nur, wenn sie nach § 854 Abs. 2 Besitz überträgt; a. M. Kohler a. a. O. S. 81 ff.

[43] Strohal S. 91 ff., Dernburg S. 64. Streng genommen darf man von constitutum possessorium gar nicht mehr sprechen, da dessen Begriff voraussetzt, dafs der Veräufserer aufhört, Besitzer zu sein, während nach B.G.B. erforderlich ist, dafs der Veräufserer Besitzer bleibt.

[44] Also nicht als translative, sondern als konstitutive Übertragung; Bd. I 279. — Die konstitutive Übertragung in umgekehrter Richtung durch Abzweigung von Lehnbesitz unter Vorbehalt von Oberbesitz kann durch blofse

Digitized by Google

d. Besitzabtretung. Willenseinigung genügt, damit der mittelbare Besitzer mittelbaren Besitz als solchen übertrage. Ein derartiger Besitzabtretungsvertrag kann nach dem B.G.B. durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache zustande kommen[45]. Voraussetzung aber ist, daſs einerseits der Übergang von Besitz wirksam vereinbart ist[46], andererseits im entscheidenden Zeitpunkt dem Abtretenden selbst mittelbarer Besitz zusteht[47]. Dagegen ist Kenntnis des Besitzmittlers von der erfolgten Besitzabtretung oder gar Zustimmung desselben nicht erforderlich[48]; weigert er sich erfolgreich, den neuen Besitzherrn anzuerkennen, so hindert er nicht den Übergang des Besitzes, sondern entreiſst dem Erwerber bereits erworbenen Besitz[49]. Umgekehrt wird durch die Betätigung seines Entschlusses, den Besitzherrn zu wechseln, eine Besitzübertragung nur dann vermittelt, wenn die Anweisung hierzu ihm vom bisherigen Besitzherrn erteilt und vom Erwerber angenommen ist oder wenn er etwa die erforderliche Willenserklärung für einen von ihnen oder für beide kraft Vertretungs-

---

Willenseinigung nur im Falle des § 854 Abs. 2 zustande kommen. So auch, wenn der Lehnbesitzer dem Eigenbesitzer mittelbaren Besitz überträgt (z. B. der Nieſsbraucher dem Eigentümer verpachtet).

[45] B.G.B. § 870. Vgl. Strohal, Jahrb. f. D. XXXI 35 ff., Sachbesitz S. 92 ff.; Dernburg S. 61 ff.; Cosack S. 72; Biermann, Kober, Planck zu § 870; Kohler a. a. O. S. 86 ff. — Erforderlich ist nur Abtretung des persönlichen Anspruchs, die durch formfreien Vertrag nach § 398 ff. erfolgt. Gleiche Wirkung hat der Übergang des Anspruchs von Rechts wegen (§ 412). So z. B. bei der Veräuſserung des vermieteten oder verpachteten Grundstücks (§ 571, 581 Abs. 2). Ebenso ist anzunehmen, daſs der mittelbare Besitz des Absenders nach H.G.B. § 435 auf den Empfänger übergeht, sobald nach Ankunft des Frachtguts der Frachtführer den Frachtbrief aushändigt.

[46] Der Übergang des mittelbaren Besitzes kann ganz ausgeschlossen sein, so daſs der Anspruchserwerber erst durch die Herausgabe Besitz erwirbt (vgl. für das preuſs. R. R.Ger. V 187, XI 58) oder vielleicht auch dann nur Besitzhalter werden soll. Auch kann der Übergang des mittelbaren Besitzes an Bedingung oder Zeitbestimmung geknüpft werden.

[47] Daher wird kein Besitz erworben, wenn der mittelbare Besitz des Abtretenden bereits durch Entsetzung seitens des Besitzmittlers oder durch Untergang des vermittelnden Besitzes verloren ist. Ebensowenig, wenn der Abtretende unmittelbar besitzt; auch zur Übertragung des durch einen Besitzhalter ausgeübten Besitzes reicht Anspruchsabtretung nicht aus, ist vielmehr eine Veränderung der tatsächlichen Stellung des Besitzhalters erforderlich, wodurch dieser in ein entprechendes Verhältnis der Unterordnung unter den Erwerber versetzt wird; vgl. hierzu Rspr. d. O.L.G. VI 42.

[48] Freilich ist Mitteilung an den Besitzmittler überaus rätlich, um den erworbenen Besitz zu sichern; schon wegen B.G.B. § 407—408.

[49] Anders nach gemeinem Recht; Seuff. XXXVIII Nr. 8.

Digitized by Google

macht wirksam abgibt[50]; sonst kommt ein Wechsel im mittelbaren Besitz entweder nur im Wege der Besitzentziehung oder überhaupt nicht zustande[51].

Der Besitzabtretungsvertrag ist dem bisherigen Recht fremd, hat jedoch ein ihm nahekommendes Vorbild in der preufsischrechtlichen Besitzübertragung durch Anweisung[52]. Er dient nicht nur der vollen Übertragung des mittelbaren Besitzes, sondern auch der Abzweigung von mittelbarem Unterbesitz[53].

V. Besitzvererbung. Aus der germanischen Erbengewere entwickelte sich die mit dem römischen Besitzesbegriff unvereinbare Vererblichkeit des Besitzes[54], die aus der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis erst im 19. Jahrhundert völlig wieder verdrängt, in mehreren Gesetzbüchern aber festgehalten wurde und durch das B.G.B. zu gemeinem deutschen Recht erhoben ist[55].

Der Besitz geht insoweit auf den Erben über, als er dem Erblasser selbst im Augenblicke des Todes zusteht und nicht etwa ausnahmsweise mit seinem Tode untergeht oder auf einen Andern übergeht[56]. Der Übergang vollzieht sich von Rechts wegen, ohne

---

[50] Soweit nach B.G.B. § 181 der Vertreter mit sich oder in sich kontrahieren kann, ist es z. B. auch möglich, dafs ein Vormund den Besitz an einer von ihm verwahrten Sache von einem Mündel auf den anderen Mündel oder ein Bankier den Besitz an Wertpapieren von einem Kunden auf den anderen Kunden durch blofse Umschreibung oder Umpackung überträgt. Damit werden Fälle gedeckt, in denen bisher ein vom Detentor vollzogenes constitutum possessorium angenommen wird; R.Ger. XIX Nr. 5.

[51] Dieses, wenn die Annahme, jenes, wenn die Anweisung fehlt.

[52] Preufs. L.R. I, 7 § 67. So wenigstens nach der herrschenden Meinung, nach der die Besitzübertragung sich mit der Annahme der Anweisung durch den Erwerber, nicht erst mit der Mitteilung an den Angewiesenen vollendet; R.Ger. V 186, XXII 332, Biermann, Trad. ficta S. 353 ff., Kohler a. a. O. S. 67 ff.

[53] Translative Besitzübertragung findet bei der Übereignung durch Anspruchsabtretung statt (B.G.B. § 931), konstitutive bei der Bestellung von Niefsbrauch oder Pfandrecht auf demselben Wege (§ 1032, § 1205 Abs. 2).

[54] Heusler, Gewere S. 324 ff., 454 ff.; Cosack, Der Besitz des Erben S. 77 ff., 90 ff., 97 ff.; Stobbe V § 282 V.

[55] Code civ. Art. 724; Bad. L.R. Art. 724; Cod. Ital. III Art. 295; Niederl. burg. Wetboek Art. 557; B.G.B. § 857. Für das preufs. u. österr. R. ist Streit. — Vgl. Strohal, Sachbesitz S. 96 ff., Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl. Bd. II (1904) S. 68 ff.; Binder, Die Rechtsstellung des Erben, T. I, Leipzig 1901, S. 45 ff.; Kniep § 19; Cosack, Lehrb. S. 75; Biermann, Kober, Planck zu § 857.

[56] Unvererblich ist z. B. der Mitbesitz, wenn er zu einem infolge des Todes den anderen Gemeinern anwachsenden Anteile gehört (Strohal, Erbr.

Digitized by Google

Wissen und Wollen, mit dem Erbfalle. Er wird daher auch wieder rückgängig, wenn der Anfall der Erbschaft rückgängig wird; der Besitz gilt dann als mit dem Erbfalle auf den nächstberufenen Erben übergegangen[57]. Tritt an Stelle des Vorerben ein Nacherbe, so geht der Besitz mit dem Nacherbfalle von Rechts wegen auf den Nacherben über[58]. Die tatsächliche Besitzergreifung durch den Erben verfestigt zwar den erworbenen Besitz, verschafft aber dem Erben keinen neuen oder anderen Besitz[59]. Umgekehrt verliert der Erbe bereits erworbenen Besitz, wenn ihm die Erlangung der ihm zustehenden tatsächlichen Gewalt durch fremde Besitzergreifung verlegt wird[60]. Immer geht auf den Erben so beschaffener Besitz über, wie er beim Erblasser bestand[61]. Der

---

II 71 ff.; a. M. Binder S. 53, Biermann a. a. O.); der für den jedesmaligen Testamentsvollstrecker, Vormund, gerichtlichen Verwalter usw. ausgeübte oder vermittelte Besitz (Strohal a. a. O. S. 76, Planck, seit 3. Aufl., Bem. 3, Biermann Bem. 2); der Erbenbesitz des Vorerben, wenn mit dessem Tode der Nacherbfall eintritt (Strohal a. a. O. S. 75, Planck, Bem. 4, Biermann, Bem. 4; a. M. Binder S. 60). Die bloße Inhabung des Besitzhalters vererbt nie. Ebensowenig der als Besitz einer juristischen Person erscheinende Besitz ihres Organs. — Das Vermächtnis des Besitzes (§ 2169) hindert nicht den Eintritt des Erbenbesitzes, gibt vielmehr nur einen Anspruch auf Besitzübertragung.

[57] Strohal, Erbr. II 704 ff., Biermann Bem. 6, Planck Bem. 4, Kober Bem. II 4; a. M. Binder S. 60 ff.

[58] Biermann Bem. 4; teilweise abweichend Strohal II 73, Planck Bem. 4.

[59] A. M. Strohal, Sachbesitz S. 103: es werde Besitz nach § 854 Abs. 1 erworben. Allein ein Unterschied, wie einst zwischen ideeller und leiblicher Gewere, ist im B.G.B. nicht gemacht. Somit bildet auch die Besitzergreifung durch den vorläufigen Erben kein Hindernis dafür, daß der endgültige Erbe als Besitzer seit dem Erbfalle gilt; es stellt sich eben heraus, daß es sein Erbenbesitz war, den vorläufig ein Anderer ausübte. Ebensowenig steht die Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Vorerben dem sofortigen Übergange des Besitzes auf den Nacherben entgegen; a. M. Strohal, Sachbesitz S. 104 ff., Erbr. II 73, Planck Bem. 4.

[60] Demgemäß liegt auch, wenn der vorläufige Erbe dem endgültigen Erben oder der Vorerbe dem Nacherben eine Erbschaftssache vorenthält, Entziehung des erworbenen Erbenbesitzes durch nunmehrigen ursprünglichen Erwerb von angemaßtem Besitz vor. Dies verkennt Strohal a. a. O., zum Teil auch Biermann a. a. O.

[61] Also unmittelbarer oder mittelbarer Besitz, Eigenbesitz oder Lehnbesitz usw. Hieran ändert auch die tatsächliche Besitzergreifung als solche nichts. So bleibt der Erbe, wenn er eine vom Erblasser nur als Verwahrer besessene Sache als dessen eigene Sache an sich nimmt, zunächst Verwahrungsbesitzer; um Eigenbesitz zu erlangen, muß er erst den Eigenbesitzer entsetzen. Es bedarf stets, damit anders gearteter Besitz an Stelle des ererbten

Digitized by Google

Erbe mufs auch die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Erblassers, selbst wenn er sie nicht kannte, unbedingt gegen sich gelten lassen[62].

In entsprechender Weise geht der Besitz einer juristischen Person mit ihrer Hinterlassenschaft von Rechts wegen auf ihren Gesamtnachfolger über[63]. Auch in sonstigen Fällen einer Gesamtnachfolge in ein Gesamtvermögen oder ein Sondervermögen wird man einen von Rechts wegen eintretenden Besitzübergang anzunehmen haben[64].

VI. Verlust[65]. Verloren wird der Besitz durch Wegfall der tatsächlichen Gewalt über die Sache; eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt beendigt den Besitz nicht[66].

Der Verlust des Besitzes kann Folge des Erwerbes von Besitz durch einen Anderen sein, mag nun dieser Andere erst Besitzer werden oder nur eine Verstärkung seines bisherigen Besitzes erlangen. Doch zieht einerseits Besitzerwerb vielfach nicht den Verlust, sondern nur die Schwächung des bisherigen Besitzes nach

---

Besitzes trete, einer zum entsprechenden ursprünglichen Besitzerwerbe ausreichenden Veränderung der Herrschaftslage.

[62] B.G.B. § 858 Abs. 2. Dagegen entscheidet sich die Frage, ob der Erbe den Besitz in gutem Glauben erlangt hat, nach seiner eignen Kenntnis oder Unkenntnis. Vgl. Strohal, Erbr. II 78.

[63] Nicht blofs auf den Fiskus gemäfs B.G.B. § 46, sondern auf jeden Anfallsberechtigten gemäfs § 45.

[64] So bei dem Eintritte der ehelichen Gütergemeinschaft nach § 1438 Abs. 2; bei dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach § 1483; bei der Anwachsung von Anteilen in einer Gemeinschaft zur gesamten Hand nach § 738 u. § 1490. Ebenso bei der Sondererbfolge in ein Lehn, Fideikommifs oder Anerbengut, da doch der Besitz an den nicht zur Erbschaft gehörigen Sachen nicht auf den Erben übergehen kann. Auch im Falle des H.G.B. § 304 Abs. 5.

[65] B.G.B. § 856. Strohal, Sachbesitz S. 105 ff.; Dernburg § 21; Cosack § 193; Biermann, Kober, Planck zu § 856.

[66] So geht der Besitz an einem Grundstücke nicht durch vorübergehende Unzugänglichkeit verloren, der Besitz an einer beweglichen Sache nicht durch Verlegen, der Besitz an einem Tier nicht durch dessen Umherlaufen; vorübergehende Krankheit oder Abwesenheit ist auch dann unschädlich, wenn kein Vertreter die Gewalt ausübt. — Soweit der Besitz vor Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben wird, wie bei der Besitzzuweisung, der Besitzabtretung und dem Übergange auf den Erben, geht er durch Wegfall der Möglichkeit, die Gewalt auf dem ordnungsmäfsigen Wege zu erlangen, verloren; ein seiner Natur nach vorübergehendes Hindernis der Gewalterlangung ist auch hier unschädlich.

Digitized by Google

sich, da ja ursprünglichem wie abgeleitetem Besitzerwerbe gegenüber Oberbesitz, Lehnbesitz, Teilbesitz oder Mitbesitz zurückbleiben kann. Andererseits gibt es Besitzverlust, dem kein Besitzerwerb entspricht, weil die Sache untergeht oder besitzfrei wird.

Aller Besitzverlust ist entweder gewollt oder ungewollt. Die Unterscheidung des freiwilligen und des unfreiwilligen Besitzverlustes ist für das Fahrnisrecht von durchgreifender Bedeutung.

1. Freiwilliger Besitzverlust liegt vor, wenn der Besitzer selbst den Besitz aufgibt. Je nachdem das Aufgeben durch einseitige oder durch zweiseitige Rechtshandlung erfolgt, wird der Besitz preisgegeben oder hingegeben.

a. Preisgabe. Zum einseitigen Aufgeben des Besitzes gehört der Wille, nicht mehr Besitzer zu sein, und die Verwirklichung dieses Willens durch Abstreifung der Sachherrschaft. Regelmäfsig bedarf es eines Realaktes, wie er z. B. durch Verlassen eines Grundstücks, Wegwerfen oder Liegenlassen einer Sache, Freilassen eines gefangenen Tieres vollzogen wird. Ein solcher Realakt ist kein Rechtsgeschäft und fordert daher nur den den Umständen entsprechenden tatsächlichen Willensinhalt[67]. Bei Hinzutritt besonderer Voraussetzungen reicht auch hier eine nackte Willenserklärung aus; so kann man den Besitz an einer frei zugänglichen Sache, den vor Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworbenen Besitz und den mittelbaren Besitz durch einseitige Willenserklärung aufgeben[68]. Eine solche Willenserklärung aber mufs die Erfordernisse eines rechtsgeschäftlichen Verzichtes erfüllen[69]. Die Folge der Preisgabe des Besitzes ist, dafs entweder die Sache besitzfrei wird oder anderweiter Besitz sich verstärkt[70].

---

[67] Geschäftsfähigkeit ist also nicht erforderlich; Gierke, Fahrnisbesitz S. 4 Anm. 4, Cosack § 193 II, Biermann zu § 856 Bem. 2, Kober Bem. II. A. M. Dernburg § 21 Anm. 2, Fischer zu § 856 Anm. 3, Planck zu § 856 Bem. 2, Endemann § 36. — Dagegen hat, wer sich im Zustande voller Willenlosigkeit der Sachherrschaft entschlägt, den Besitz unfreiwillig verloren.

[68] Soweit nach § 854 Abs. 2 Willenseinigung zur Weggabe des Besitzes ausreicht, mufs auch Verzichtserklärung zur Preisgabe genügen. Ebenso mufs, wer nach § 854 Abs. 2 Besitz erworben hat, den Besitz einseitig wieder aufgeben können, ohne die tatsächliche Gewalt erst sich verschaffen und wieder abstreifen zu müssen. Desgleichen der Erbe, vgl. Strohal S. 108.

[69] Strohal S. 108; jetzt auch Biermann zu § 856 Bem. 2 S. 13.

[70] Letzteres, wenn mittelbarer Besitz, Teilbesitz, Mitbesitz preisgegeben wird. Es ist aber auch möglich, dafs durch Preisgabe von unmittelbarem Besitz bisheriger mittelbarer Besitz sich zu unmittelbarem Besitz verstärkt.

Digitized by Google

b. Hingabe. Eine Hingabe des Besitzes liegt in jeder vorbehaltlosen Besitzübertragung, mag sie durch Übergabe zustande kommen[71] oder in einem dazu geeigneten Falle durch Willenseinigung vollzogen werden[72]. Kein Aufgeben des Besitzes ist selbstverständlich in der Hingabe der Inhabung an einen Besitzhalter enthalten. Auch die Besitzeinräumung an einen Besitzmittler ist noch kein Aufgeben des Besitzes. Allein dem Besitzmittler ist eine Verfügungsmacht über den mittelbaren Besitz anvertraut. Wenn er daher die Sachherrschaft dergestalt preisgibt oder hingibt, daſs damit zugleich der mittelbare Besitz endigt[73], wird sein Aufgeben des Besitzes auch dem Besitzherrn als freiwilliger Besitzverlust angerechnet[74].

2. Unfreiwilliger Besitzverlust ist entweder Folge der Besitzentziehung durch einen Anderen, der sich der Sachherrschaft bemächtigt[75], oder Ergebnis eines die Sachherrschaft beendenden ungewollten Vorganges[76]. Unfreiwillig ist auch der Besitzverlust,

---

So, wenn der Pächter das Gut oder der Mieter das Haus verläſst; Dernburg S. 69 ff.

[71] Besitzverlust durch unwirksame Übergabe kann unfreiwilliger Besitzverlust oder einseitiges Aufgeben des Besitzes sein. Ersteres, wenn willenlos übergeben wird, letzteres, wenn der Empfänger nicht Besitz erwirbt.

[72] So möglicherweise bei der Besitzzuweisung und bei der Besitzabtretung, immer bei der Besitzauflassung, niemals bei der Besitzauftragung.

[73] Möglich ist, daſs durch die Preisgabe vielmehr der unmittelbare Besitz für den Besitzherrn erledigt wird (oben Anm. 70) oder daſs die Hingabe mit Vorbehalt des mittelbaren Besitzes erfolgt.

[74] Gierke, Fahrnisbesitz S. 25 Anm. 18; Biermann Bem. 2, Planck Bem. 2, Kober Bem. 2 zu § 935, Cosack S. 123; Rechtspr. der O.L.G. IV 296; R.Ger. LIV Nr. 21. — Unrichtig Kuhlenbeck zu § 935 Bem. 2.

[75] Das B.G.B. unterscheidet in Ansehung der Besitzentziehung grundsätzlich nicht zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen und kennt daher bei Grundstücken nicht nur nicht die germanische Fortdauer einer Gewere des rechtswidrig Entsetzten, sondern auch nicht den für das römische Recht angenommenen (im Sächs. Gb. § 214 u. Zürch. Gb. § 101 aufgenommenen) Satz, daſs heimliche Okkupation den Besitz erst entzieht, wenn der Besitzer nach erlangter Kenntnis sich beruhigt. Doch ist der Liegenschaftsbesitz seiner Natur nach zäher, wie denn auch § 859 des B.G.B. schon durch die Wortfassung darauf hinweist, daſs zwischen dem „Wegnehmen" beweglicher Sachen und der Entziehung des Grundstücksbesitzes ein Unterschied besteht.

[76] Dahin gehört auch der Besitzverlust durch eignes ungewolltes Tun, z. B. durch Preisgeben oder Hingeben einer Sache im Zustande der Willenlosigkeit; ferner das eigentliche „Verlieren" einer Sache, das Vergessen, das Stehenlassen; ebenso das Entlaufen oder Entrinnen eines Tieres, die Ent-

Digitized by Google

den der Besitzer ungewollt durch Beendigung der Inhabung seines Besitzhalters erleidet[77], mag dieser nun die Gewalt über die Sache auch seinerseits unfreiwillig eingebüfst oder sie freiwillig aufgegeben haben[78]. Unfreiwillig ist endlich auch der Verlust des mittelbaren Besitzes durch Beendigung des vermittelnden Besitzes, falls der Besitzmittler selbst den Besitz nicht aufgegeben, sondern unfreiwillig verloren hat[79].

Eine bewegliche Sache, deren Besitz unfreiwillig verloren ist, ist dem Besitzer „abhanden gekommen". Die abhanden gekommenen Sachen werden auch als „gestohlen oder verloren" bezeichnet; doch sind damit nur die Hauptfälle hervorgehoben[80].

---

führung durch Naturgewalt; natürlich auch der Untergang der Sache. Diese Verlustart kann auch bei unbeweglichen Sachen vorkommen, ist jedoch hier weit seltener, als bei Fahrnisstücken. Auch der mittelbare Besitz für sich kann ohne fremden Eingriff ungewollt verloren gehen; z. B. durch Vergessen oder durch Nichtwissen des Erben von ererbtem mittelbaren Besitz.

[77] Nicht jede Beendigung der Inhabung berührt den Besitz des Besitzherrn; die Inhabung kann ja an diesen zurückkehren oder auf einen anderen Besitzhalter desselben übergehen.

[78] So ja auch nach Sachsensp. III Art. 6 § 1.

[79] B.G.B. § 935 Abs. 1 S. 2. Voraussetzung ist natürlich, dafs für den mittelbaren Besitzer Besitzverlust wirklich eingetreten und dieser Besitzverlust nicht etwa von ihm selbst gewollt ist. So hat, wenn der nachstehende Pfandgläubiger die Sache dem vorgehenden Pfandbesitzer wegnimmt, der Verpfänder den Besitz überhaupt nicht verloren; wenn aber der Verpfänder die Sache einem Dritten für den Fall, dafs dieser sie an sich bringe, schenkt, hat er den Besitz an der dem Pfandbesitzer weggenommenen Sache freiwillig aufgegeben.

[80] Dafs die Formel „gestohlen oder verloren" im H.G.B. Art. 306 und im Code civ. Art. 2279 alle Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes umfafst, hat das R.Ger. I Nr. 92 u. Nr. 148 zutreffend angenommen. Das B.G.B. § 935 sagt ausdrücklich: „gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen". Vgl. über den Begriff des Abhandenkommens nach geltendem Recht Planck, Biermann, Kober u. die anderen Komm. zu § 935, Dernburg § 103 II 2, Fuld, Arch. f. civ. Pr. LXXXIX 402 ff., Staub zu H.G.B. § 366 Anm. 44 ff., Düringer u. Hachenburg, HGB II 470 ff., Aravantinos a. a. O. S. 176 ff. Er deckt sich nach richtiger Ansicht mit dem des unfreiwilligen Besitzverlustes. Abhanden gekommen sind daher auch die vom Wasser oder sonst durch Naturgewalt entführten Sachen, die entlaufenen Tiere usw. Abhanden gekommen sind die von einem Anderen irrtümlich (z. B. infolge Verwechselung) oder gewaltsam (z. B. bei Ausübung von Selbsthülfe oder im Wege der Pfändung oder räuberisch) in Besitz genommenen Sachen. Abhanden gekommen sind die willenlos weggeworfenen oder weggegebenen Sachen, nicht aber Sachen, deren Besitz ein beschränkt Geschäftsfähiger aufgegeben hat (a. M. Planck, Biermann, Düringer-Hachenburg), noch auch Sachen, bezüglich deren das Aufgeben des Besitzes wegen

Digitized by Google

VII. Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes. Auf den Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes wurden im gemeinen Recht die für den Sachbesitz geltenden Regeln nach Möglichkeit übertragen; in den grofsen Gesetzbüchern wurden darüber ausführliche Bestimmungen getroffen[81]. Soweit der Rechtsbesitz nach Landesrecht fortbesteht, bleibt für seinen Erwerb und Verlust das bisherige Recht mafsgebend[82]. Das neue bürgerliche Recht hat die Voraussetzungen, unter denen bei Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ein Besitzschutz stattfindet, besonders geregelt[83]. Auf den Erwerb und Verlust des Besitzes an Realrechten, die nicht zu den Grunddienstbarkeiten gehören, sind die für den Sachbesitz geltenden Vorschriften anwendbar[84].

Irrtums, Betruges oder Drohung erfolgreich angefochten wird (a. M. Planck und bezüglich der Drohung auch Dernburg). Abhanden gekommen sind unterschlagene Sachen, falls die Unterschlagung von einem bloßen Besitzhalter verübt wurde (a. M. zum Teil Cosack S. 87 u. 122), nicht aber, falls sie ein Besitzmittler veruntreut hat; oben Anm. 74, über das bisherige Recht R.Ger. XXXV Nr. 83, Seuff. XXXV Nr. 57.

[81] Vgl. Windscheid I § 163; Beseler § 73 II; Roth, D. P.R. III 75, 87 ff., 95 ff.; Randa § 25—36; Dernburg, Preuß. P.R. § 161—162; Förster-Eccius § 159; Preuß. L.R. I, 7 § 77—95 u. 126—133 (wo Realrechte besonders behandelt, im übrigen affirmative, negative und Untersagungsrechte unterschieden werden); Österr. Gb. § 312—314, 351. — Im allgemeinen wird ein Besitzwille gefordert, der sich auf Ausübung eines eignen Rechtes richtet, jedoch nicht das bestimmte Recht in sich aufzunehmen braucht, so daß man Rechtsbesitz auch hinsichtlich einer Sache erwerben kann, die man für die eigne hält; vgl. die Entsch. b. Roth S. 75 Anm. 11—13, dazu Seuff. XXXVII Nr. 98, R.Ger. XXII Nr. 38. Als corpus erscheint die tatsächliche Ausübung des Rechts. Die bloſse Möglichkeit der Ausübung genügt zum Erwerbe des Besitzes bei Realrechten; Preuß. L.R. I, 7 § 77, Entsch. des O.Trib. Berlin XLII 46. Im übrigen ist mindestens einmalige Ausübung erforderlich; Roth III 87—89, Randa § 26—30. Der Besitzverlust tritt auch hier nicht schon durch Nichtausübung oder vorübergehende Verhinderung, sondern nur durch Aufgeben oder Unmöglichkeit der Ausübung ein. Bei Rechten auf eine Leistung wirkt die Weigerung der Leistung erst als Besitzentsetzung, wenn der Besitzer sich dabei beruhigt; Preuß. L.R. I, 7 § 126 Österr. Gb. § 351, Seuff. VII Nr. 43, XIV Nr. 117, Beseler a. a. O. Doch ist dies für das gemeine Recht stark bestritten; vgl. Duncker a. a. O. S. 78 ff., Roth, D. P.R. III 96 Anm. 33, Stobbe-Lehmann II 249 Anm. 67—68, Randa § 35 u. 38.

[82] Vgl. indes oben § 114 Anm. 77.

[83] Darüber unten § 144 VII 2 u. § 145.

[84] Der Besitz an ihnen wird regelmäfsig zugleich mit dem Besitz am Grundstück erworben, übertragen, vererbt und verloren, kann aber nach B.G.B. § 865 auch besondere Schicksale haben.

Digitized by Google

§ 116. Wirkungen des Besitzes.

I. Überhaupt. Die Wirkungen der Gewere wurden im gemeinen Recht auf den Besitz nur insoweit übertragen, als sie sich mit den römischen Besitzwirkungen berührten. Als Hauptwirkungen des Besitzes nahm man aus dem römischen Recht den selbständigen gerichtlichen Besitzschutz und die Bedeutung des Besitzes für die Ersitzung auf. Allein obschon in beiderlei Hinsicht das römische Recht grundsätzlich siegte, lebten doch unter der fremden Hülle eigentümliche Wirkungen der Gewere fort. Insbesondere erfuhren die römischen Interdikte schon durch das kanonische Recht und die italienische Doktrin und sodann durch die deutsche Praxis eine ihr Wesen vielfach verdunkelnde germanistische Umbildung[1]. Das Interdictum uti possidetis wurde zum Possessorium ordinarium entwickelt. Als solches empfing es, da infolge der Annahme, dafs rechtswidrig entzogener Besitz fortdaure, die Grenzen zwischen Besitzstörnug und Besitzentziehung sich verwischten, zugleich rekuperatorische Funktion[2]. Mehr und mehr aber büfste es, indem nach deutschrechtlichem Vorbilde einerseits die Entscheidung der Besitzfrage zugunsten des älteren Besitzes, andererseits die Zulassung von Einreden aus dem besseren Recht zum Besitz üblich wurde[3], den rein possessorischen Charakter überhaupt ein und ging nahezu in eine petitorische Klage aus dem besseren Besitzrecht über[4]. Dafür wurde in dem Possessorium

[1] Bruns, Recht des Besitzes S. 131 ff., 256 ff., 389 ff., Jahrb. IV 1 ff., Besitzklagen § 11, 14, 20 ff.; Delbrück, Dingliche Klage S. 80 ff., Jahrb. f. D. X 110 ff.; Heusler, Gewere S. 304 ff., 452 ff.; Dernburg, Preufs. P.R. I § 157; Stubbe-Lehmann II 237 ff.; H. Meyer, Entwerung (oben § 113 Anm. 1) S. 290 ff.; M. Wellspacher, Publizitätsgedanke und Fahrnisklage im Usus modernus, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XXX 631 ff.

[2] Oben § 114 Anm. 18; Bruns, Jahrb. IV 49; Heusler S. 311 ff.; Stobbe-Lehmann II 239; H. Meyer S. 292.

[3] Delbrück, Dingliche Klage S. 115 ff., 124 ff.; Bruns, Jahrb. IV 57 ff., 72 ff., 86; Heusler, Gewere S. 306 ff., 321 ff., 453 ff.

[4] Delbrück S. 128 ff. nimmt an, dafs im gemeinen Recht die Umbildung der ordentlichen Besitzklage in eine petitorische Klage aus dem besseren Besitzrecht vollendet sei. Ebenso Ziebarth, Die Realexekution und die Obligation, 1866, S. 257 ff. Vgl. auch Pflüger a. a. O. S. 379 ff. u. 395 ff. Geht diese Annahme zu weit, so unterschätzen doch die Gegner Delbrücks die geschichtliche und praktische Bedeutung des Vorgangs. So Bruns, Jahrb. IV 85 ff., Besitzklagen S. 222 ff., 224; Heusler S. 305 ff.; Meischeider S. 154 ff.; Stobbe-Lehmann II 238 ff.; Randa § 7a Anm. 11. Richtig Dernburg, Preufs. P.R. I 353, Pand. I 441.

Digitized by Google

summariissimum ein possessorisches Rechtsmittel behufs vorläufiger Regelung des Besitzstandes geschaffen[5]. Das Interdictum unde vi wurde durch die aus der exceptio spolii erwachsene Spolienklage des kanonischen Rechts erweitert oder eigentlich verdrängt[6]. Die Spolienklage aber wurde mehr und mehr zu einem allgemeinen Rechtsmittel behufs Wiedererlangung von unfreiwillig verlorenem Besitz ausgebildet[7] und näherte sich, zumal gegen sie gleichfalls petitorische Einreden zugelassen wurden, der deutschrechtlichen Klage aus früherer Gewere an[8]. Die romanistische Gegenströmung des neunzehnten Jahrhunderts unternahm einen erbitterten Kampf gegen die germanischen Eindringlinge. Sie hatte manchen Erfolg. Insbesondere gelang ihr die Wiederherstellung des rein possessorischen Charakters der Besitzklagen. Dagegen vermochte sie im übrigen die Nachwirkungen der Gewere aus dem gemeinen Recht nicht endgültig auszumerzen.

In den Partikularrechten war inzwischen auf Grund der älteren gemeinrechtlichen Theorie und Praxis das Recht des Besitz-

---

[5] Savigny § 51; Bruns, Besitz S. 182 ff., 232 ff., 261 ff., 375 ff., 397 ff., 419 ff., Jahrb. IV 67 ff.; Meischeider S. 142 ff., 161 ff.; Wetzell, Zivilproz. § 30; Randa S. 199 ff.

[6] Savigny § 50; Duncker a. a. O. S. 96 ff., Bruns, Besitz S. 131 ff., Besitzklagen S. 212 ff.; Delbrück S. 147 ff.; Maafsen, Jahrb. d. gem. R. III 227 ff.; Meischeider S. 144 ff., 166 ff.; Randa S. 217 ff. — Vgl. bes. c. 3 C. 33 qu. 2; c. 18 X de restit. spolii II, 13.

[7] Bruns, Besitz S. 219 ff., 249 ff., 256 ff., 374 ff., 390 ff., Jahrb. IV 68 ff., Besitzklagen S. 219 ff.; Delbrück S. 156 ff.; Meischeider § 28 ff.; Heusler S. 453; Stobbe-Lehmann II 241 ff.; Wellspacher a. a. O. — Allgemein wurde die Spolienklage auf den Fahrnisbesitz und den Rechtsbesitz ausgedehnt. Sie wurde meist auch dem bloßen Detentor gegeben. Als Klagegrund wurde nicht bloß gewaltsame Besitzentziehung, sondern jeder unfreiwillige Besitzverlust (und selbst eine bedeutende Besitzstörung) anerkannt. Die Klage wurde nicht nur gemäß dem kanonischen Recht gegen den dritten unredlichen Erwerber (spolii conscius), sondern vielfach (wenigstens bis zum Ende des 17. Jahrh., vgl. Wellspacher a. a. O. S. 658 ff.) auch gegen den redlichen Besitzer zugelassen. Ihre Verjährung wurde erst nach 30 Jahren angenommen. Zum Teil wurde dem Beklagten der Beweis des rechtsverbindlichen Besitzverlustes des Klägers oder des eignen rechtmäßigen Besitzerwerbes aufgebürdet.

[8] Delbrück a. a. O. S. 150 ff., Jahrb. f. D. R. X 129 ff. u. Ziebarth a. a. O. S. 262 ff. u. 270 ff. behaupten sogar, daß die Spolienklage ihrem Wesen nach petitorisch geworden sei und sich mit der dinglichen Klage des deutschen Rechts decke. Vgl dagegen Bruns, Besitzklagen S. 212 ff., Stobbe-Lehmann § 91 Anm. 51, Randa § 7a Anm. 45, H. Meyer S. 291.

Digitized by Google

schutzes und der Ersitzung bald in dieser, bald in jener Richtung deutschrechtlich ausgebaut worden. Hier kamen aber mit der Erneuerung des Gegensatzes zwischen Liegenschafts- und Fahrnisrecht mehr und mehr auch solche Wirkungen der Gewere wieder zum Durchbruch, die im römischen Rechte kein Vorbild hatten. Diese Wirkungen gingen im Liegenschaftsrecht auf den Grundbucheintrag über, womit auf diesem Gebiete zugleich die Wirkungen des Besitzes abgeschwächt wurden. Dagegen hefteten sie sich im Fahrnisrecht an den Besitz, dessen Wirkungen somit hier eine Verstärkung erfuhren.

Das bürgerliche Gesetzbuch knüpft hinsichtlich des Besitzschutzes an das neuere gemeine Recht an, folgt dagegen im übrigen dem deutschrechtlichen Zuge.

II. Besitzschutz. Der Besitz verlangt gleich der Gewere Achtung und soll gleich ihr der Regel nach nur mit Gerichtshülfe gebrochen werden. Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitz stört, ohne aus einem besonderen Grunde zu solchem Eingriff befugt zu sein, handelt widerrechtlich und begeht „verbotene Eigenmacht“. Dies auch dann, wenn ihm ein materielles Recht auf den Besitz oder auf die in der Störung ausgeübte Einwirkung zur Seite steht[9].

1. Selbsthülfe. Zum Schutze des Besitzes gegen verbotene Eigenmacht ist Selbsthülfe erlaubt. Das allgemeine Recht der Selbsthülfe, das auch dem Besitzer zusteht, ist zugunsten des Besitzes erweitert[10]. Nach dem B.G.B. darf sich der Besitzer verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren; er darf auch die ihm mittels verbotener Eigenmacht weggenommene bewegliche Sache dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wieder abnehmen und sich des ihm durch verbotene Eigenmacht entzogenen Besitzes eines Grundstückes sofort nach der Entziehung mit Gewalt wieder bemächtigen[11]. Diese Rechte hat er auch gegen

---

[9] B.G.B. § 858 Abs. 1. Verschulden ist nicht erforderlich; R.Ger. LV Nr. 14; Rspr. d. O.L.G. VI 256.

[10] Als besonderes Mittel des Selbstschutzes im Grundbesitz erhielt sich die eigenmächtige Pfändung; oben Bd. I 342 ff. Vgl. im übrigen Preuß. L.R. I, 7 § 142—143; Österr. Gb. § 344; Sächs. § 181; Zürch. § 77; Berner Art. 360; andere Schweiz. Gb. b. Huber III 126 ff.

[11] B.G.B. § 859 Abs. 1—3; ganz ähnlich Schweiz. Entw. § 968. Dieses Selbsthülferecht geht weiter, als die schon nach B.G.B. § 227—231 dem Besitzer zustehenden Befugnisse. Doch bleibt es hinsichtlich des Rechts zur gewaltsamen Vertreibung dessen, der sich in Abwesenheit des Besitzers eines Grundstücks bemächtigt hat, hinter dem gemeinen Recht (vgl. oben § 115 Anm. 75)

Digitized by Google

solche Besitznachfolger, die die Fehlerhaftigkeit des vom Besitzvorgänger erlangten Besitzes gegen sich gelten lassen müssen[12].

Das Selbsthülferecht gebührt jedem Besitzer; es steht auch dem Lehnbesitzer, dem Teilbesitzer, dem Mitbesitzer, dem Rechtsbesitzer zu[13] und darf dem mittelbaren Besitzer nicht versagt werden[14]. Der Besitzer aber hat es nicht nur gegen Dritte, sondern auch gegen den Besitzer, falls dieser widerrechtlich in seinen konkurrierenden Besitz eingreift[15]. Dagegen ist der blofse Inhaber nur befugt, das Selbsthülferecht des Besitzers auszuüben[16].

---

und noch weiter hinter dem deutschen Recht zurück. Denn der Entsetzte hat nur „sofort nach der Entziehung", nicht noch nach später erlangter Kenntnis das Wiederbemächtigungsrecht.

[12] B.G.B. § 859 Abs. 4. Somit kann im Falle der Nacheile die Sache auch dem Hehler, dem sie zugesteckt war, gewaltsam weggenommen werden. Immer ist die Selbsthülfe gegen den Erben des Täters zulässig; dabei ist zu beachten, dafs, wenn der Täter während der Verfolgung oder bei dem Widerstande gegen die Wiedereroberung eines Grundstücks das Leben verliert, nach § 857 bereits Erbenbesitz vorliegt, der nunmehr gebrochen werden mufs.

[13] Für den Rechtsbesitz vgl. B.G.B. § 1029 und hinsichtlich des gemeinen Rechts Seuff. IX Nr. 157, XLVI Nr. 11 (R.Ger.); abweichend O.L.G. Rostock b. Budde IX Nr. 5.

[14] Bekker, Jahrb. f. D. XXXIV 68 ff.; Gierke, Verh. d. Deut. Juristent. XXIV 3 S. 38; Fischer-Henle, Bem. 7 zu § 869; Weidemann a. a. O. S. 31 ff.; Kohler, Arch. f. b. R. XVIII 80; Dernburg § 23 Z. 7 (anders in 1. u. 2. Aufl.). A. M. Wendt, Arch. f. c. Pr. LXXXVII 49 ff., Strohal, Sachbesitz S. 52, Bartels b. Gruchot XLII 680 ff., Planck, Bem. 2 zu § 869, Biermann, Bem. 2 zu § 869, Kober, Bem. 1 zu § 869, Landsberg S. 333, Bunsen, Arch. f. b. R. XXIII 74, Leske S. 361 u. viele Andere.

[15] Unbestritten ist, dafs der unmittelbare Besitzer gegenüber dem mittelbaren Besitzer (somit z. B. der Mieter oder Pächter gegenüber dem Vermieter oder Verpächter, ja auch der Verwahrer gegenüber dem Hinterleger), der Teilbesitzer gegenüber dem Besitzer der ganzen Sache und umgekehrt, der Mitbesitzer gegenüber dem Mitbesitzer (dieser jedoch nur in den Schranken des § 866, vgl. unten Anm. 42) zum Selbstschutz seines Besitzes befugt ist. Aber auch der mittelbare Besitzer kann nicht nur Dritten gegenüber, wenn der unmittelbare Besitzer abwesend oder lässig ist, seinen Besitz gewaltsam verteidigen oder wiederherstellen, sondern auch gegen den unmittelbaren Besitzer Gewalt brauchen, wenn dieser mittels verbotener Eigenmacht den Oberbesitz entzieht oder stört. So z. B., wenn der Entleiher oder Verwahrer sich anschickt, anvertraute Sachen zu zerstören, ins Meer zu werfen oder als eigne zu verkaufen, oder wenn der Pächter eines Grundstücks beginnt, einen Schutzdamm zu durchstechen, einen Wald zu verwüsten, ein Denkmal zu zertrümmern oder eine Gedächtniseiche umzuhauen.

[16] B.G.B. § 860. Er hat daher keinerlei Selbstschutz gegenüber dem Besitzer, während dieser ihm gegenüber das volle Selbsthülferecht hat. — Vgl. Preufs. L.R. I, 7 § 137, 144—145; für das österr. R. Strohal, Succ. S. 137, Pfersche I 97, abweichend Randa S. 153 ff.

Digitized by Google

2. Gerichtshülfe. Das moderne Recht gewährt zum Schutze des Besitzes gegen verbotene Eigenmacht besondere Besitzschutzklagen.

Im gemeinen Recht wurde die aus dem Possessorium ordinarium hervorgegangene ordentliche Besitzklage, die grundsätzlich die Gestalt einer reinen Besitzstörungsklage zurückempfing[17], nur zum Schutze solcher Sachherrschaft gegeben, die als juristischer Besitz galt[18], behielt aber durch ihre Erstreckung auf allen Rechtsbesitz ein erweitertes Anwendungsgebiet[19]. Daneben bestand der im Possessorium summariissimum entwickelte vorläufige Schutz des jüngsten ruhigen Besitzes fort[20]. Als Rechtsmittel aber zur Wiedererlangung von rechtswidrig entzogenem Besitz behauptete sich in weitem Umfange die Spolienklage[21], die von der neueren Praxis unbedenklich auch jedem selbstnützigen Inhaber gewährt

---

[17] Vgl. Bruns, Besitzklagen S. 59 ff.; Meischeider S. 430 ff.; Kindel S. 157 ff.; Windscheid § 159; Roth III 101 ff.; Dernburg, Pand. § 186. — Die Klage fordert auf seiten des Klägers Besitz, auf seiten des Beklagten Besitzstörung, die aber auch in bloſser Bedrohung bestehen kann, und zielt auf Anerkennung des Besitzes, Beseitigung vorhandener und Unterlassung fernerer Störungen und im Falle des Verschuldens zugleich auf Schadenersatz (R.Ger. XXXI Nr. 37). Da aber der dem Gegner gegenüber fehlerhafte Besitz unterliegt und nicht bloſs bei fehlerhaftem Besitz des Klägers dem Beklagten, sondern auch, wenn sich fehlerhafter Besitz des Beklagten herausstellt, dem nichtbesitzenden Kläger der Besitz zugesprochen werden muſs, kann die Klage im Erfolge auch rekuperatorisch wirken; vgl. v. Vangerow § 336 Nr. 1 4d, Dernburg a. a. O. Anm. 19, Seuff. VII Nr. 41; a. M. Windscheid a. a. O. Anm. 10. Der Vorzug des älteren Besitzes erhielt sich in Gestalt einer Besitzvermutung auf Grund älterer Besitzhandlungen; Seuff. XIV Nr. 8, XV Nr. 149, XVIII Nr. 14.

[18] R.Ger. XXXIII Nr. 101. Über den Schutz des Prekaristen Seuff. XLVI Nr. 92.

[19] Seuff. V Nr. 171, XVI Nr. 174, XXVII Nr. 92, XXXI Nr. 314, XXXVI Nr. 105; R.Ger. XXXI Nr. 37; weitere Nachweise b. Roth § 229 Anm. 17—18, Windscheid § 164 Z. 4.

[20] Nur das besondere Prozeſsverfahren fiel weg und wurde durch die einstweilige Verfügung (C.Pr.O. § 819) ersetzt; R.Ger. IV 405 u. b. Seuff. LI Nr. 96. Vgl. Windscheid § 160 a. E., Roth III 105 ff., Dernburg § 187.

[21] Bruns, Besitzkl. S. 226 ff.; Windscheid § 162a; Roth III 113 ff.; Stobbe-Lehmann II 242 ff.; Dernburg § 189. Einigkeit herrschte über die Anwendbarkeit auf Fahrnisbesitz und Rechtsbesitz. Allgemein wurde ferner die Klage nicht bloſs (wie Savigny wollte) bei gewaltsamer Besitzentsetzung, sondern bei jeder eigenmächtigen Besitzentziehung gegeben; Nachweise bei Roth a. a. O. Anm. 127. So auch bei gesetzwidriger Pfändung; R.Ger. XIV Nr. 102. Gegen den dritten Besitzer wurde die Klage nur noch,

Digitized by Google

wurde[22]. Auch an der Spolieneinrede hielt der Gerichtsgebrauch fest[23].

Die neueren Gesetzbücher schlossen sich zum Teil an das gemeine Recht an, setzten jedoch von vornherein den Besitzschutz mit ihrem erweiterten Besitzesbegriff in Einklang[24]. Manche Gesetzbücher aber unterzogen den Besitzschutz einer starken Vereinfachung[25]. Das preufsische Landrecht kennt nur das in eigentümlicher Weise ausgebaute Possessorium summariissimum[26]. Im

---

wenn er beim Erwerbe von der Besitzentziehung Kenntnis gehabt hatte, zugelassen; Seuff. XXIII Nr. 137, XXVI Nr. 220. Die Klage ging auf Wiederherstellung des Besitzes und Schadenersatz. Einreden aus dem Recht selbst wurden auch hier ausgeschlossen; R.Ger. V Nr. 42, XIV Nr. 102, Seuff. XXXIII Nr. 347, XLII Nr. 99, XLV Nr. 127, LI Nr. 95. Aber auch die Einrede des fehlerhaften Besitzes wurde hier versagt; R Ger. b. Seuff. XLI Nr. 261. Die von Bähr, Urteile des R.Ger. S. 47, Jahrb. f. D. XXVI 303, u. Dernburg a. a. O. Anm. 12 verteidigte ältere Praxis, die dem Beklagten den Beweis des rechtmäfsigen Besitzerwerbes auferlegte, wurde vom R.Ger. XXX Nr. 32 verworfen.

[22] R.Ger. V Nr. 42, XXX Nr. 42, XXXIII Nr. 101; Seuff. XL Nr. 96, XLII Nr. 99, XLVII Nr. 185, LI Nr. 76; ältere Praxis b. Roth a. a. O. Anm. 109. Somit namentlich auch dem Pächter und Mieter gegen den Eigentümer. — Anders nach Hannov. Praej. v. 26. Jan. 1841; R.Ger. XIV 361. Über sonstige abweichende ältere Praxis Roth Anm. 108, Stobbe-Lehmann Anm. 36.

[23] Sie verlor nur nach C.Pr.O. § 247 die prozeßhindernde Kraft, blieb dagegen als materiellrechtliche Einrede in jeder Prozeßart zulässig; R.Ger. VII Nr. 99. Auch gegen den Antrag auf einstweilige Verfügung; Seuff. XLVII Nr. 6, LI Nr. 96 (R.Ger.).

[24] Ältere Gesetze b. Heusler, Gewere S. 445, Stobbe-Lehmann Anm. 11. Bayr. L.R. II c. 5 § 10—12; dazu Bruns, Besitz S. 429 ff. Österr. Gb. § 339—347; dazu Krainz § 183—187, Randa § 7b—7d, Wiener Entsch. b. Seuff. XXXIX Nr. 289, XL Nr. 277, XLII Nr. 282, XLIII Nr. 261. — Das Sächs. Gb. § 205—209 gab die Besitzstörungsklage auch dem die Sache zur Benutzung oder behufs seiner Sicherung detinierenden Inhaber, die Besitzentziehungsklage überhaupt jedem Inhaber.

[25] Für Schleswig-Holstein wurde durch Ver. v. 1797 aller Besitzschutz in eine einzige Spolienklage zusammengezogen; Falck IV § 11. — Über die Schweiz. Gb. vgl. Huber III 126 ff. Das Zürch. Gb. § 77—84 gibt vollen Besitzschutz nur dem gutgläubigen Besitzer. — Vereinzelt (bes. im dän. R.) fehlt es an jeder besonderen Besitzschutzklage; Stobbe-Lehmann § 91 Anm. 12.

[26] Preufs. L.R. I, 7 § 146 ff., A.G.O. I, 31; Dernburg, Preuß. P.R. I § 157—158. Das Rechtsmittel schützt gegen Störung wie Entziehung. Es steht auch dem Inhaber (selbst dem fehlerhaften Inhaber, R.Ger. XXXIV Nr. 112) zu. Doch ist die Einrede des dem Gegner gegenüber fehlerhaften Besitzes zulässig. Klagegrund ist jeder unbefugte, aber nur ein „neuerlicher“

Digitized by Google

französischen Recht geniefst lediglich der Liegenschaftsbesitz eines besonderen gerichtlichen Schutzes[27].

Das bürgerliche Gesetzbuch knüpft an das gemeine Recht an[28]. Es unterscheidet den gerichtlichen Schutz gegen Besitzentziehung und gegen Besitzstörung[29]. Der Besitzschutzanspruch wird in beiden Fällen durch jede verbotene Eigenmacht begründet[30] und zielt im Falle der Besitzentziehung auf Wiedereinräumung des Besitzes, im Falle der Störung auf Beseitigung der Störung und, wenn weitere Störungen zu besorgen sind, auf deren Unterlassung[31]. Die Klage aus Besitzentziehung geht gegen jeden Besitzer, der dem Kläger gegenüber fehlerhaft besitzt[32], die Klage aus Besitzstörung nur gegen den Störer[33]. Der Beklagte hat den Einwand des ihm oder seinem Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaften Besitzes, falls zurzeit der Besitzentziehung oder Besitzstörung noch kein Jahr seit

---

Eingriff. Die Klage geht auch gegen die Erben, aber nicht gegen Dritte. Entscheidend ist der jüngste ruhige Besitz. Schadenersatzansprüche sind in besonderem Verfahren geltend zu machen.

[27] Code civ. Art. 2230; Zachariae-Crome § 157—165. Der Besitzschutz wird auf die Vermutung für das Recht gegründet, gerade darum aber an besondere Voraussetzungen (insbesondere den jährigen Besitz, oben § 114 Anm. 21) gebunden. — Der Mobiliarbesitz bedarf des Besitzschutzes nicht, da er kraft des Satzes „en fait de meubles la possession vaut titre" (Code civ. Art. 2279) den Eigentumsschutz geniefst; R.Ger. XXVII Nr. 88.

[28] Gärtner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust, Breslau 1901; Endemann § 44 ff.; Cosack § 190; Lehmann § 24 ff.; Dernburg § 34 ff.; Komm. v. Biermann, Kober, Planck u. A. zu B.G.B. § 861 ff.; F. Bunsen, Arch. f. b. R. XXIII 69 ff.

[29] B.G.B. § 861 u. § 862. Ebenso Schweiz. Entw. § 969 u. 970.

[30] Die Störung kann schon in bloßer Bedrohung liegen; Seuff. LVII Nr. 122, Kniep S. 449 ff., Biermann zu § 862 Bem. 2; a. M. Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 28 Anm. 11, Dernburg S. 83.

[31] Dagegen nicht zugleich, wie nach gem. R. u. Schweiz. Entw. § 969 u. 970, auf Schadenersatz. Der Schadenersatzanspruch mufs also besonders aus B.G.B. § 823 begründet werden.

[32] Übereinstimmend mit dem gem. R.; oben Anm. 21. Die Klage geht nur gegen den Besitzer, also nicht gegen den bloſsen Besitzhalter; sie geht aber gegen jeden Besitzer, also auch gegen den mittelbaren Besitzer; Gierke, Verh. d. Deut. Juristent. XXIV 3 S. 49, Strohal, Sachbesitz S. 126 ff., Weidemann a. a. O. S. 59. — Sehr bestritten ist der Einfluſs des Besitzwechsels nach Eintritt der Rechtshängigkeit; vgl. bes. Hellwig, Rechtskraft § 52, Biermann zu § 861 Bem. 2a, Planck Bem. 2a.

[33] Wie nach gem. R. (oben Anm. 17). Störer ist aber auch der Auftraggeber des Störers. Vgl. R.Ger. LV Nr. 14. Natürlich geht die Klage auch gegen die Erben des Störers.

Digitized by Google

Erlangung des fehlerhaften Besitzes verflossen war[34]. Die Geltendmachung des Besitzschutzanspruches ist an eine einjährige Ausschlufsfrist für Erhebung der Klage gebunden[35]. Der Besitzschutzanspruch erlischt überdies, wenn nach Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, dafs dem Täter ein materielles Recht auf Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes zur Seite stand[36]. Neben dem Schutz gegen Entziehung und gegen Störung, der für Liegenschafts- und Fahrnisbesitz gleich geregelt ist, wird dem Fahrnisbesitz ein erweiterter Schutz dadurch gewährt, dafs der Besitzer, wenn eine Sache aus seiner Gewalt auf ein in fremdem Besitz befindliches Grundstück gelangt und nicht inzwischen (von dem Grundbesitzer oder einem Dritten) in Besitz genommen ist, einen besonderen Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung (Abholungsanspruch) gegen den Besitzer des Grundstückes hat[37].

Die Besitzschutzansprüche des neuen bürgerlichen Rechts hat

---

[34] B.G.B. § 861 Abs. 2, § 862 Abs. 2. Die Frist ist eine Ausschlufsfrist; gerichtliche Geltendmachung des Mangels ist zu ihrer Wahrung nicht erforderlich.

[35] B.G.B. § 864 Abs. 1. Ebenso Schweiz. Entw. § 971.

[36] B.G.B. § 864 Abs. 2. Dem Wortlaut nach wäre ein dingliches Recht erforderlich. Allein die Vorschrift mufs im Sinne der Regel „petitorium absolvit possessorium“ auf jedes Recht zum Besitz bezogen werden; Strohal S. 120, Endemann § 42 Anm. 16, Biermann zu § 864 Bem. 3a, Wolff, Recht zum Besitze S. 9; a. M. Planck zu § 864 Bem. 2a *α*.

[37] B.G.B. § 867. Der Abholungsanspruch tritt nicht nur ein, wenn der Besitz verloren ist, sondern auch, wenn der Besitz (wie z. B. an einem vom Winde auf ein offenes Grundstück getragenen Hut oder Wäschestück und unter Umständen auch an einem verworfenen Ball oder einem entlaufenen Tier) noch fortbesteht (a. M. Biermann zu § 867 Bem. 1; vgl. aber Planck Bem. 2a). Er geht auch gegen den mittelbaren Besitzer des Grundstücks (Strohal S. 47, Gierke a. a. O. S. 48, Weidemann a. a. O. S. 60 ff., Cosack § 192 IV, Kober § 867 Bem. 1c; a. M. Biermann Bem. 2, Planck Bem. 3). An sich richtet er sich nur auf Gestattung der Abholung; aber der Berechtigte kann bei einem offenen Grundstück, wenn Niemand, der zur Gestattung befugt wäre, in der Nähe ist, die Gestattung voraussetzen (Dernburg § 28, Kober Bem. 4c, Turnau-Förster Bem. 4; a. M. Planck u. Biermann a. a. O.); in anderen Fällen kann er nach B.G.B. § 229 oder § 904 zum eigenmächtigen Eindringen befugt sein. Immer kann der Grundbesitzer Ersatz des entstehenden Schadens verlangen; ist Schade zu besorgen, so kann er die Gestattung bis zur Sicherheitsleistung verweigern, es müfste denn Gefahr im Verzuge sein. — Der Anspruch aus § 867 ist rein possessorisch; unrichtig zählt ihn Cosack § 192 zu den petitorischen Besitzansprüchen und läfst daher Einreden aus dem Rechte zu.

Digitized by Google

jeder Besitzer. Der blofse Inhaber hat sie nicht. Dagegen hat sie auch der Lehnbesitzer, der Teilbesitzer, der Mitbesitzer und der mittelbare Besitzer. Verübt ein Dritter verbotene Eigenmacht gegen einen Besitzmittler, so bestehen die Besitzschutzansprüche des unmittelbaren und des mittelbaren Besitzers nebeneinander; doch kann im Falle der Besitzentziehung der mittelbare Besitzer an sich nur Wiederherstellung der früheren Besitzlage und somit Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen unmittelbaren Besitzer verlangen; erst wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann, kann er die Einräumung des Besitzes an sich selbst fordern[38]. Ebenso kann, wenn ein Dritter verbotene Eigenmacht gegen Mitbesitzer verübt, jeder Mitbesitzer die Besitzschutzansprüche geltend machen, jedoch im Falle der Besitzentziehung nur die Wiedereinräumung des gemeinschaftlichen Besitzes und nur, wenn die Genossen den Mitbesitz nicht wieder übernehmen können oder wollen, Einräumung des Alleinbesitzes verlangen[39]. Die Besitzschutzansprüche hat auch der Besitzer gegen den Besitzer. Der unmittelbare Besitzer hat sie gegen den mittelbaren Besitzer[40]. Aber auch der mittelbare Besitzer kann gegen den unmittelbaren Besitzer, wenn dieser durch verbotene Eigenmacht seine Besitzherrschaft entzieht oder stört, possessorisch

---

[38] B.G.B. § 869. Ebenso kann der mittelbare Besitzer den Abholungsanspruch zunächst nur auf Gestattung der Abholung durch den Besitzmittler und erst, wenn dieser nicht abholen will oder kann, auf Gestattung eigner Abholung richten. — Der entferntere mittelbare Besitzer (§ 871) kann, wenn der unmittelbare Besitzer zur Wiederübernahme des Besitzes nicht bereit oder fähig ist, zunächst nur die Einräumung an den näheren mittelbaren Besitzer verlangen. — In den (seltenen, aber möglichen) Fällen, in denen verbotene Eigenmacht eines Dritten nur den mittelbaren Besitz beeinträchtigt, kann der mittelbare Besitzer unabhängig von § 869 aus § 861 oder 862 klagen; Weidemann a. a. O. S. 27 ff.

[39] Wolff, Mitbesitz S. 182 ff. A. M. Planck zu § 866 Bem. 2a. Doch ist die entsprechende Anwendung einerseits von § 1011 (dafür auch Seeler, Miteigent. S. 38), andererseits von § 869 durch die ratio legis gerechtfertigt. Auf den mittelbaren Mitbesitzer ist § 869 unmittelbar anwendbar.

[40] Also auch der Nutzungsbesitzer gegen den Eigenbesitzer, der Pfandbesitzer gegen den Verpfänder, der Miets- oder Pachtbesitzer gegen den Vermieter oder Verpächter, der Verwahrer gegen den Hinterleger. Aber immer nur, soweit nicht der Oberbesitzer nur von der ihm vorbehaltenen Besitzherrschaft Gebrauch macht; denn insoweit begeht er keine verbotene Eigenmacht; vgl. Dernburg S. 76, Kniep S. 9, 122, 315. — Ebenso kann der Teilbesitzer gegen den Besitzer der ganzen Sache wegen Besitzentziehung oder Besitzstörung klagen.

Digitized by Google

klagen[41]. Ebenso geniefst der Mitbesitzer Besitzschutz gegen den Mitbesitzer; jedoch mit der Beschränkung, dafs insoweit, als es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauches handelt, ein Besitzschutz nicht stattfindet[42]. Auf den Schutz des Rechtsbesitzes finden die Vorschriften über den Schutz des Sachbesitzes entsprechende Anwendung[43].

Die Besitzschutzklagen des B.G.B. sind rein possessorische Rechtsmittel. Darum sind gegen sie Einreden aus dem Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung ausgeschlossen[44].

---

[41] Vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 7 Anm. 15, Verh. des Juristent. a. a. O. S. 37 und die dort angeführten Einzelfälle; Bekker a. a. O. S. 68 ff.; Fischer-Henle § 869 Anm. 7; Gärtner a. a. O. S. 151 ff., 168 ff.; Weidemann a. a. O. S. 30 ff. (mit Einschränkungen). — Die herrschende Ansicht versagt im Anschluß an die Protokolle und die amtliche Denkschrift S. 115 dem mittelbaren Besitzer jeden anderen als den in § 869 geregelten Besitzschutzanspruch; vgl. bes. Strohal S. 122 ff., 134 ff., Wendt S. 52 ff., Cosack § 190 III, Landsberg S. 633, Biermann zu § 869 Bem. 3, Planck Bem. 2, Kober Bem. 2, Aravantinos, Jahrb. f. D. XLVIII 131. Allein § 869 regelt nur die konkurrierenden Besitzansprüche bei mehrfachem Besitz; er enthält keine Einschränkung, sondern eine Erweiterung der nach § 868 dem mittelbaren Besitzer zustehenden Rechte, da der eventuelle Anspruch auf Einräumung von unmittelbarem Besitz sich keineswegs von selbst verstehen würde.

[42] B.G.B § 866. Damit ist im wesentlichen der Besitzentziehungsanspruch zugelassen, der Besitzstörungsanspruch ausgeschlossen; Cosack § 866 Bem. 3, Kipp S. 696, Biermann zu § 866 Bem. 2, Buhl, Recht der bewegl. Sachen S. 36, Planck § 866 Bem. 3. Anders v. Seeler, Miteigentum nach b. R. S. 16 u. Jahrb. f. D. XLIV 303, sowie (unter Einschränkung der Versagung des Besitzschutzes auf den Fall streitiger Grenzen des Gebrauchs) Wolff S. 168 ff., Dernburg II 2 § 369, Kober § 866 Bem. 2. — Ähnliches wurde überwiegend für das gemeine Recht angenommen; nur vereinzelt wurde jeder gegenseitige Besitzschutz versagt (so Büff, Arch. f. prakt. Rechtsw. III 113 ff., Seuff. XVII Nr. 47); vgl. Hesse, Arch. f. prakt. Rechtsw. IV 124, Miescher, Arch. f. c. Pr. IV 149, H. Wilke, Die Klagen der Mitbesitzer gegeneinander, Berlin 1890, S. 38 ff., Windscheid § 152 Anm. 12, v. Seeler, Miteigent. nach röm. R. S. 9 ff., Seuff. XXIX Nr. 217, XXX Nr. 232, XXXII Nr. 16, R.Ger. XIII 179. Desgleichen nach preuß. R.; Seuff. XIV Nr. 37, Striethorst XXXIV 48, Förster-Eccius § 162 Anm. 51; a. M. Dernburg I § 158 Anm. 10. Teilweise auch für das österr. R.; Pfersche I 180, 210 ff.; vgl. indes Randa S. 233.

[43] B.G.B. § 1029 u. 1090 Abs. 2. Der Besitzschutzanspruch kann aus § 860 oder aus § 861 begründet werden. Er richtet sich so gut gegen den Sachbesitzer wie gegen Dritte.

[44] B.G.B. § 863. Nur zur Begründung der Behauptung, daß keine verbotene Eigenmacht vorliege, ist die Berufung auf das materielle Recht zulässig; denn damit wird der Klagegrund bestritten. — Auch Widerklagen aus dem Recht sind unzulässig; Planck zu § 863 Bem. 4, Biermann Bem. 2;

Digitized by Google

Dagegen gibt es einen besonderen Besitzprozefs schon seit der alten Zivilprozefsordnung nicht mehr[45]. Auch das in der alten Zivilprozefsordnung ausgesprochene Verbot der Verbindung von possessorischen und petitorischen Klagen ist in der neuen Zivilprozefsordnung gestrichen[46].

3. Sonstiger Besitzschutz. Der Besitz geniefst als Recht den allgemeinen Privatrechtsschutz. Darum ist eine Besitzfeststellungsklage möglich[47]. Darum kann aus dem widerrechtlichen Eingriff in den Besitz, falls er sich als unerlaubte Handlung darstellt, ein Anspruch auf Schadenersatz erhoben werden[48]. Darum endlich ist gegen den, der Besitz ohne rechtlichen Grund erlangt hat, insoweit, als die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruches erfüllt sind, ein Herausgabeanspruch begründet[49].

III. Schutzwirkungen für das materielle Recht. Im Streite um das materielle Recht gewährt der Besitz gleich der Gewere die Rolle des Angegriffenen und die damit verbundenen Vorteile der Rechtsverteidigung. Zum Teil aber ist auf den Besitz auch die Bedeutung der Gewere für Erhärtung, Behauptung und Durchsetzung des materiellen Rechtes übergegangen.

Im gemeinen Recht freilich drangen, so nahe man zeitweise der Umbildung der römischen Interdikte in deutschrechtliche Besitzrechtsklagen gekommen war, zuletzt die römischen Grundsätze durch. Danach erzeugt der Besitz als solcher weder eine Vermutung für das Recht, noch petitorische Klagen oder Einreden.

---

a. M. Kniep S. 420 ff., Cosack § 190 VIII. Dagegen ist gegen die Besitzstörungsklage, obschon ihre gemeinrechtliche Doppelseitigkeit weggefallen ist, im Falle des § 862 Abs. 2 eine Widerklage auf Besitzeinräumung zulässig.

[45] Die Besitzschutzansprüche sind also im ordentlichen Zivilprozefs geltend zu machen. Doch kann zum Schutz des Besitzes eine einstweilige Verfügung (C.Pr.O. § 935 ff., 940) erlassen und damit der Erfolg des Possessorium summariissimum erzielt werden.

[46] Das Verbot der C.Pr.O. § 232 Abs. 2 hatte sein Vorbild in Code de proc. Art. 25 u. älteren deutschen Prozeßordnungen. — Der Richter kann aber im Falle der Klageverbindung, wenn nur die Besitzfrage zur Entscheidung reif ist, durch Teilurteil im voraus über sie erkennen. Darin liegt eine Art Rückkehr zum germanischen Prinzip des Mittelalters.

[47] Vgl. Dernburg III § 25 Z. 5, Bunsen, Arch. f. b. R. XXXIII 94 ff.; R.Ger. LIV Nr. 40. Gegen eine solche Klage sind Einreden nur nach Maßgabe des § 863 B.G.B. zulässig.

[48] B.G.B. § 823; oben Anm. 31.

[49] B.G.B. § 812 ff.; Bunsen a. a. O. S. 86 ff. — Vgl. über die condictio possessionis im gem. R. Bruns, Besitzklagen S. 185 ff., Windscheid § 161.

Digitized by Google

Nur der titulierte gutgläubige Besitz wird wie ein eigentumsähnliches dingliches Recht behandelt und begründet die der Eigentumsklage nachgebildete publizianische Klage gegen jeden minderberechtigten Besitzer[50].

Dagegen sind in den Gesetzbüchern deutschrechtliche Gedanken zum Durchbruch gelangt. In Übereinstimmung mit dem einstigen Recht der Gewere knüpfen sie vielfach an den Besitz eine Vermutung für das Dasein des in ihm erscheinenden Rechts[51]. Sie statten aber den Besitz auch mit der Kraft zur Begründung petitorischer Klagen aus. Bisweilen ist der deutschrechtliche Einflufs nur bis zu einer Erweiterung der publizianischen Klage gediehen[52]. Bisweilen jedoch hat er zur Ausbildung einer allgemeinen Klage aus dem älteren Besitz geführt[53]. Insbesondere gewährt das preufsische Landrecht eine Klage aus früherem Besitz gegen jeden Schlechterberechtigten[54]. Anderswo erhielt sich mehr oder minder unversehrt die deutschrechtliche Fahrnisklage aus

---

[50] Huschke, Das Recht der publizianischen Klage, Stuttgart 1874; Deurer, Jahrb. f. D. I 221 ff.; Sintenis I § 53; Windscheid I § 199; Dernburg, Pand. I § 194 u. 228; Roth, D. P.R. III § 264; W. Giese, Besitzrechtsschutz im B.G.B. und actio in rem Publiciana, Berlin 1901.

[51] So Bayr. L.R. II c. 5 § 8 Nr. 4—5, auch Nr. 3 u. 6. Preufs. L.R. I, 7 § 179 (unter Vorbehalt einer stärkeren Vermutung für die Freiheit der Person und des Eigentums in § 181 ff.), sowie die daraus gezogenen Folgerungen in § 140, 161, 167, 168, 180; vgl. Dernburg, Preufs. P.R. I 350. Österr. Gb. § 323—324; vgl. Randa S. 157 ff., der aber jede Bedeutung der Vermutung wegdeutet. Am stärksten ausgebildet ist die Vermutung im französ. R. beim Fahrnisbesitz; oben Anm. 27. — Vgl. auch Schweiz. Entw. § 972—973.

[52] So im Bayr. L.R. II c. 9 § 2. Auch im Zürch. Gb. § 92 ff., Schaffhaus. § 458 ff.; vgl. Huber III 133. — Die vom Österr. Gb. § 372—375 gegebene „Eigentumsklage aus dem rechtlich vermuteten Eigentum" deckt sich im wesentlichen mit der Publiciana; vgl. Krainz I § 245. Ganz römisch ist Sächs. Gb. § 325—327.

[53] Auf dem oben Anm. 4 u. 8 bezeichneten Wege.

[54] Preufs. L.R. I, 7 § 161 ff.; vgl. v. Brünneck b. Gruchot XI 840 ff., v. Glasenapp ib. XXXIV 266 ff., Ziebarth a. a. O. S. 301 ff., Förster-Eccius § 164, Dernburg § 249, Roth § 265. — Die Klage hat jeder frühere Besitzer oder auch Inhaber, falls er früheren Besitz und schwächeres Besitzrecht des Gegners dartut. Beweist er unfreiwilligen Verlust, so mufs der Beklagte seinen Besitz rechtfertigen. Auch gegen den redlichen Besitzer dringt er durch, wenn er von demselben Vorgänger älteren redlichen Besitz erworben hatte. Der Beklagte siegt, wenn er nachweist, daſs der Besitz des Klägers unredlich oder bloſse Inhabung für den Beklagten war.

Digitized by Google

unfreiwilligem Besitzverlust[55]. Umgekehrt büfste mit der volleren Durchführung des Grundbuchrechts der Liegenschaftsbesitz die Bedeutung eines Rechtsgrundes für dingliche Ansprüche ein[56].

Das bürgerliche Gesetzbuch steht durchaus auf deutschrechtlichem Boden. Es verleiht in dreifacher Richtung dem Fahrnisbesitz eine für den Schutz des materiellen Rechts bedeutungsvolle Wirkungskraft, während es dem Liegenschaftsbesitz die gleiche Wirkungskraft versagt[57].

1. Der Fahrnisbesitz begründet eine Vermutung für das in ihm erscheinende dingliche Recht[58]. Der gegenwärtige unmittelbare oder mittelbare Eigenbesitzer hat die Vermutung für sich, dafs er Eigentümer sei; der frühere unmittelbare oder mittelbare Eigenbesitzer hat die Vermutung für sich, dafs er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer gewesen sei[59]. Diese Vermutung versagt

---

[55] Dafs im usus modernus neben der Spolienklage namentlich die condictio furtiva im wesentlichen die Gestalt der deutschen Fahrnisklage empfing, weist Wellspacher a. a. O. S. 645 ff., 666 ff. nach. Aber auch unter dem Namen der Vindikation wurde vielfach in Wahrheit die Fahrnisklage aus unfreiwilligem Besitzverlust beibehalten. Vgl. Wellspacher S. 673 ff. und über die Eigentumsklage des Cod. Theresianus S. 631 ff. u. 664 ff. Ferner Stobbe-Lehmann II § 93 Anm. 7, Freiburg. C. c. b. Huber III 132, H. Meyer, Entwerung S. 284 ff.

[56] So nach österr. R., nach dem die Publizianische Klage nur aus dem „Tabularbesitz“ stattfindet; Krainz I § 663; a. M. Randa a. a. O. § 5 Anm. 22, Eigent. § 17 Anm. 18. Auch das Sächs. Gb. § 325 ff. kennt die Besitzrechtsklage nur bei Fahrnis. Dagegen ist die preufsischrechtliche Klage aus dem älteren Besitz auch bei Grundstücken zulässig.

[57] Die Vermutung für das dingliche Recht knüpft sich hier an den Bucheintrag (B.G.B. § 891) und kann sich gegen den Besitzer kehren. Jede Besitzrechtsklage (auch die Publizianische Klage) ist weggefallen. Persönliche Rechte auf den Besitz erfahren durch den Besitz keine dingliche Wirksamkeit; eine Ausnahme hiervon gilt nur insofern, als die dem liegenschaftlichen Miets- und Pachtrecht beigelegte Wirksamkeit gegen den Sondernachfolger durch die erfolgte Überlassung des Besitzes bedingt ist; aufserdem verdinglicht überlassener Liegenschafts- wie Fahrnisbesitz ein persönliches Fruchtziehungsrecht, unten § 137 II 3 b.

[58] B.G.B. § 1006. Vgl. Gierke, Fahrnisbesitz Kap. II; Cosack § 213; Endemann § 41; Lehmann § 72; Dernburg § 123; Biermann, Kober, Planck u. A. zu § 1006. — Die Vermutung greift auch gegenüber einer vor 1900 erhobenen Klage Platz; R.Ger. LV Nr. 13.

[59] Dafs sein Besitz Eigenbesitz sei oder gewesen sei, braucht der Besitzer weder zu behaupten noch zu beweisen. Steht aber fest oder gibt er zu oder wird ihm bewiesen, dafs er die Sache nicht als ihm gehörig besitzt oder besessen hat, so fällt die Eigentumsvermutung weg. So nicht nur, wenn über seinem unmittelbaren Besitz mittelbarer Besitz oder über seinem mittelbaren

Digitized by Google

jedoch gegenüber einem Vorbesitzer, dem die Sache gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war[60]; nur für Geld und Inhaberpapiere gilt sie unbedingt[61]. In gleichem Umfange begründet Nieſsbrauchs- oder Pfandbesitz eine Vermutung für Nieſsbrauch oder Pfandrecht[62], während ein auf Ausübung eines persönlichen Rechts beschränkter Besitz keine Vermutung für das Dasein des Rechtes erzeugt[63]. Die Vermutung aus dem Besitz verschafft vor allem dem gegenwärtigen oder früheren Besitzer insoweit einen Beweisvorteil, als er im Fahrnisstreit Verteidigung oder Angriff auf die Behauptung von Eigentum oder sonstigem dinglichen Recht an der Sache stützt[64]. Sie kann aber auch in anderen Fällen verwertet werden, in denen ein Anspruch auf das Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht an der Sache gegründet wird[65]. Doch gilt sie immer nur zugunsten des

---

Besitz entfernterer mittelbarer Besitz steht oder stand, sondern auch z. B. bei bloſsem Fundbesitz. Vgl. Fahrnisbesitz S. 24 u. 26.

[60] Vgl. Fahrnisbesitz S. 25, 26 ff.; dazu oben § 115 VI 2. Unterschlagene Sachen sind natürlich auch hier nicht abhanden gekommen; a. M. Endemann § 41 Anm. 7.

[61] Orderpapiere mit Blankoindossament sind hier den Inhaberpapieren gleichgestellt.

[62] Nach B.G.B. § 1065 u. 1227. Vgl. Fahrnisbesitz S. 33 ff.

[63] Fahrnisbesitz S. 36; Crome, Jahrb. f. D. XXXVII 63 ff. (insbesondere für Miets- und Pachtbesitz). Anders Schweiz. Entw. § 273 Abs. 2—3.

[64] Der gegenwärtige Besitzer kann gegenüber der Vindikation die Vermutung für sein Eigentum oder auch für seinen Nieſsbrauch oder sein Pfandrecht anrufen und in entsprechender Weise sich gegen den Herausgabeanspruch aus Nieſsbrauch oder Pfandrecht verteidigen; er kann aber die Vermutung auch verwerten, wenn er angriffsweise mit Feststellungsklage oder negatorischer Klage vorgeht. Der frühere Besitzer kann, wenn er vindiziert oder konfessorisch klagt, die Vermutung seinem Eigentumsbeweise oder dem Beweise seines Nieſsbrauchs oder Pfandrechts zugrunde legen; weist er früheren unfreiwilligen Besitzverlust nach, so hat er, wenn es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere handelt, zugleich die der Fortdauer seines Rechts entgegenstehende Vermutung aus dem gegenwärtigen Besitze des Gegners entkräftet, es müſste denn dieser noch früheren eignen unfreiwilligen Besitzverlust nachweisen; in gleicher Weise kann er die Vermutung aus seinem früheren Besitz zur Verteidigung gegen die Feststellungsklage oder eine negatorische Klage des Besitzers benutzen. Auch für und gegen den Abholungsanspruch aus § 1005 kann die Vermutung aus dem Besitz verwertet werden. — Näheres in Fahrnisbesitz S. 27 ff., 33 ff.

[65] So, wenn der mittelbare Eigenbesitzer die Rechte des Eigentümers gegen den Nieſsbraucher oder Pfandgläubiger geltend macht. So bei der Erhebung des Vorlegungsanspruchs. So aber namentlich bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung, wenn der An-

Digitized by Google

Besitzers; sie kann nicht nur nicht gegen den Besitzer gekehrt, sondern auch nicht von einem Dritten, der sich zur Begründung oder Abwehr eines Anspruchs auf das Recht des gegenwärtigen oder früheren Besitzers beruft, verwertet werden[66].

2. Der gegenwärtige Fahrnisbesitz gewährt ein dinglich wirksames Verteidigungsmittel gegen den Herausgabeanspruch des Eigentümers oder des Niefsbrauchers oder Pfandgläubigers, falls dieser sein Recht an der Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erlangt hat. Der Besitzer kann in diesem Falle dem neuen Eigentümer oder dem Niefsbraucher oder Pfandgläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, die ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Somit kann er, wenn er als Mieter, Pächter, Leiher oder in Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes besitzt, sein Recht zum Besitz auch gegenüber dem Sondernachfolger dessen, gegenüber dem es begründet war, geltend machen. Der Fahrnisbesitz verschafft also dem persönlichen in ihm erscheinenden Recht, obschon er es keineswegs in ein dingliches Recht verwandelt, in bestimmter Richtung dingliche Wirksamkeit[67].

3. Der frühere Fahrnisbesitz bildet die Grundlage einer Besitzrechtsklage gegen den gegenwärtigen Besitzer[68]. Die Klage aus dem früheren Besitz kann von jedem früheren Besitzer angestellt werden[69]. Aufser dem früheren Besitz mufs der Kläger entweder behaupten und nachweisen, dafs der gegenwärtige Be-

---

spruch auf die Verletzung oder auf den grundlosen Verlust des Eigentums oder eines dinglichen Rechts an Fahrnis gegründet wird. Näheres im Fahrnisbesitz S. 29 ff., 34 ff.

[66] Fahrnisbesitz S. 30 ff. u. 35. Dagegen kann sich der Besitzer zum Nachweise seines Besitzrechtes auf die Vermutung für das Recht des mittelbaren Besitzers, von dem er sein Recht ableitet, berufen. Vgl. Schweiz. Entw. § 973 Abs. 1. — Über das Verhältnis beim Mitbesitz vgl. Wolff, Jahrb. f. D. XLIV 184 ff.

[67] B.G.B. § 986 Abs. 2, § 1032, § 1227; Fahrnisbesitz Kap. III. — Auf ein dingliches Besitzrecht bezieht sich § 986 Abs. 2 nicht, da es ohnehin nach § 936 Abs. 3 auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber bestehen bleibt.

[68] B.G.B. § 1007. Vgl. Fahrnisbesitz Kap. IV; Cosack § 191; Lehmann § 73; Endemann § 46; Dernburg § 123; Biermann, Kober, Planck u. A. zu § 1007; W. Giese a. a. O. (oben Anm. 50) S. 34 ff.; Landsberg § 186 (der aber in § 1007 nicht eine Schutzwirkung des Besitzes für irgend ein dingliches oder persönliches Recht auf den Besitz erblickt, sondern ein besonderes dingliches Vollrecht des gutgläubigen Fahrnisbesitzers auf den Besitz zugrunde legt).

[69] Also auch vom früheren mittelbaren Besitzer, selbst wenn er niemals unmittelbarer Besitzer gewesen war; Fahrnisbesitz S. 50.

Digitized by Google

sitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war[70], oder aber sich auf eignen unfreiwilligen Besitzverlust stützen[71]. Handelt es sich um Geld oder Inhaberpapiere, so steht ihm nur der erste Weg offen[72]. Gründet er die Klage auf unfreiwilligen Besitzverlust, so stehen dem Besitzer zwei besondere Einreden zu: die Einrede des Eigentums, die jedoch der Kläger mit der Replik des besseren Besitzrechts zurückschlagen kann[73], und die Einrede des eignen noch früheren unfreiwilligen Besitzverlustes, gegen die aber die Replik zulässig ist, daſs der verlorene Besitz nicht in gutem Glauben erworben war[74]. In allen Fällen hat der Besitzer gegen die Klage des früheren Besitzers auſser den Einwendungen, die ihm auch gegen den Eigentumsanspruch zustehen würden[75], zwei weitere Einwendungen[76]: den Einwand, daſs der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war[77], und den Einwand, daſs der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben,

---

[70] Dies ist der Fall, wenn er wuſste oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht wuſste, daſs er kein Recht auf den Besitz hatte; Fahrnisbesitz S. 51 ff.

[71] Fahrnisbesitz S. 52; dazu oben § 115 VI 2. Unrichtig nimmt Biermann zu § 1007 Bem. 3 an, daſs hier die vom Besitzmittler veruntreute Sache als eine dem mittelbaren Besitzer abhanden gekommene zu behandeln sei. Vgl. dagegen Planck zu § 1004 Bem. 2 b β, Giese a. a. O. S. 63 ff.

[72] Fahrnisbesitz S. 50; dazu oben Anm. 61.

[73] Fahrnisbesitz S. 61 ff. Der Nachweis des Eigentums verschiebt also zugunsten des gutgläubigen Besitzers zwar die Beweislast, nützt ihm aber nichts, wenn der frühere Besitzer ein Recht zum Besitz aus Nieſsbrauch oder Pfandrecht nachweist. Ebenso Endemann § 46, Lehmann § 73, Buhl S. 92, Biermann Bem. 3 c, Kober Bem. IV B 1. A. M. Planck Bem. 3 b β, der die Replik des besseren Besitzrechts versagt.

[74] Fahrnisbesitz S. 62 ff. Dagegen hat der Kläger nicht die Replik des Eigentums; a. M. Biermann Bem. 3 d, Matthiaſs § 34 a. E., Buhl S. 91, Planck Bem. 3 b β, Kober Bem. IV B 2 c, Giese S. 76 ff.

[75] Er hat also nach § 986 die Einrede des besseren Besitzrechts. Auch der bösgläubige Besitzer kann daher, obschon er nicht gleich dem gutgläubigen Besitzer die Einrede des Eigentums hat, die dem Kläger den Beweis eines etwaigen besseren Besitzrechtes aufbürdet (oben Anm. 73), eine Einrede auf sein Eigentum gründen, wenn er zugleich sein besseres Besitzrecht dartut. Vgl. Fahrnisrecht S. 56 ff.

[76] Vgl. Fahrnisbesitz S. 58 ff., wo aber diese Verteidigungsmittel unrichtig als „Einreden" bezeichnet sind.

[77] Somit braucht auch der bösgläubige Erwerber die Sache einem früheren bösgläubigen Besitzer nicht herauszugeben; der zweite Dieb schlägt den ersten Dieb, aber auch den nur grob fahrlässigen früheren Erwerber zurück. Ebenso Schweiz. Entw. § 979 Abs. 2.

Digitized by Google

also nicht unfreiwillig verloren hat[78]. Die Klage geht gegen jeden Besitzer, daher auch gegen den mittelbaren Besitzer[79]. Sie richtet sich auf Herausgabe der Sache[80]. Hinsichtlich der Ersatz- und Nebenansprüche und der etwaigen Gegenansprüche kommen die für die Eigentumsklage geltenden Regeln zur Anwendung[81]. Der Anspruch ist petitorischer Natur; er zielt nicht auf bloſsen Besitzschutz, sondern auf Durchsetzung des besseren Besitzrechtes[82]. Der Klage aus dem früheren Besitz kann sich der Eigentümer statt oder neben der Eigentumsklage, der Nieſsbraucher oder Pfandgläubiger statt oder neben der Klage aus dem Rechte selbst bedienen[83]. Allein

---

[78] Somit kann auch der bösgläubige Erwerber der Klage ihr Fundament entziehen, wenn er nachweist, daſs ihr kein unfreiwilliger Besitzverlust zugrunde liegt. Für den gutgläubigen Erwerber bedeutet dieser Einwand lediglich die Bestreitung des Klagegrundes. So auch Biermann Bem. 2 b, der aber im Einklang mit seiner zu weiten Deutung des „Abhandenkommens" (oben Anm. 71) das „Aufgeben" zu eng faſst. Dagegen soll nach Cosack § 191 III 2 b u. Buhl S. 88 ff. die von dem Besitzmittler veruntreute Sache für den mittelbaren Besitzer zwar nicht im Sinne des Abs. 2 „abhanden gekommen", trotzdem aber im Sinne des Abs. 3 keine Sache sein, an der er den Besitz „aufgegeben hat". Ein widerspruchsvolles Ergebnis!

[79] Gierke, Fahrnisbesitz S. 53 ff., Verh. d. Juristent. a. a. O. S. 48 ff. Die Frage, ob und wie gegen den mittelbaren Besitzer geklagt werden kann, ist für die Klage aus dem früheren Besitz ebenso wie für die Eigentumsklage, bei der hierauf zurückzukommen ist, zu entscheiden. — Die Klage kann auch vom früheren Mitbesitzer gegen den besitzenden Genossen gerichtet werden; Wolff S. 186 ff., Giese S. 39 Anm. 3, Biermann Bem. 1, Landsberg S. 693. Die gegenteilige Ausführung in Fahrnisbesitz S. 51 Anm. 18 kann nicht aufrechterhalten werden.

[80] Statt der Herausgabe kann der frühere mittelbare Besitzer zunächst nur Wiederherstellung seines mittelbaren Besitzes, der frühere Teilbesitzer Wiedereinräumung des Teilbesitzes, der frühere Mitbesitzer Wiederherstellung des Mitbesitzes fordern; vom beklagten mittelbaren Besitzer kann Abtretung des mittelbaren Besitzes, eventuell aber auch Herausgabe verlangt werden. Vgl. Fahrnisbesitz S. 63, Verh. des Juristent. a. a. O. S. 42 ff.

[81] Fahrnisbesitz S. 64.

[82] Fahrnisbesitz S. 65 ff.; doch bedarf das hier Ausgeführte der Berichtigung dahin, daſs das Urteil hinsichtlich der Entscheidung über das bessere Besitzrecht nur insoweit Rechtskraft erlangt, als dieses im Urteil selbst festgestellt ist, eine solche Feststellung aber nach heutigem Recht die Erhebung eines besonderen Feststellungsanspruches fordert. Vgl. Dernburg § 124 a. E., Hellwig, Rechtskraft § 50, Planck Bem. 8 a, Biermann Bem. 7, Kober Bem. V 2.

[83] Fahrnisbesitz S. 67 ff. (auch über die Fälle, in denen die Klage aus § 1007 versagt und nur die Klage aus dem Rechte selbst zulässig ist). Beiderlei Klagen können verbunden werden; auch die Verbindung mit der Besitzschutzklage aus § 861 ist gestattet (oben Anm. 46).

Digitized by Google

auch wer lediglich in Ausübung eines persönlichen Rechts als Mieter, Verwahrer, Pächter, Entleiher, Zurückbehalter, Finder usw. besessen hat, kann mit dieser Klage die Sache jedem schlechter Berechtigten abfordern[84]. Der Fahrnisbesitz verschafft somit dem in ihm erscheinenden persönlichen Recht auch für den Angriff eine gewisse dingliche Kraft. Nach allem ist klar, dafs die Klage aus dem früheren Besitz in ihrem Kern eine Erneuerung der deutschrechtlichen Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorener Gewere bedeutet[85].

IV. Rechtsübertragung. Im gemeinen Recht drangen die Grundsätze des römischen Rechts durch, nach denen ohne Unterscheidung von beweglichen und unbeweglichen Sachen die Übertragung des Besitzes Mittel der Übertragung des Eigentums ist, jedoch Mängel im Rechte des Vorgängers niemals heilt, während die übrigen dinglichen Rechte unabhängig vom Besitz begründet und übertragen werden. Die Partikularrechte und die neueren Gesetzbücher haben mehr und mehr die Wirkungsweise der Gewere in neuem Gewande wiederhergestellt. Im B.GB. ist diese Entwicklung vollendet.

Die Kraft der Gewere als Rechtsübertragungmittel ist im Liegenschaftsrecht auf den Grundbucheintrag, im Fahrnisrecht auf den Besitz übergegangen. Infolge hiervon hat der Besitz im Liegenschaftsrecht jede Bedeutung für die Eigentumsübertragung eingebüfst, dagegen im Fahrnisrecht neben der Bedeutung für die Eigentumsübertragung eine umfassende Bedeutung für die Begründung, Übertragung und Beendigung der anderen dinglichen Rechte gewonnen.

Aber auch die Kraft der Gewere als Legitimationsmittel im Rechtsverkehr ist im Liegenschaftsrecht auf den Grundbucheintrag, im Fahrnisrecht auf den Besitz übergegangen und hat zugleich auf beiden Gebieten eine erhebliche Verstärkung erfahren. Denn wer dem öffentlichen Glauben des Grundbuches traut, erzielt unmittelbar den Rechtserfolg, den ihm der buchmäfsige Schein

---

[84] Fahrnisbesitz S. 69 ff.

[85] Über die gemeinsamen Merkmale und die Unterschiede vgl. Fahrnisbesitz S. 70 ff.; vgl. auch Giese S. 36, 84. — Weiter als das deutsche R. geht der Schweiz. Entwurf in der Verknüpfung der Rechtsfrage mit der Besitzesfrage; er führt die Vermutung aus dem Fahrnisbesitz allseitig durch (§ 972—973), läfst gegen jede Klage aus dem Besitz, die sich nicht auf verbotene Eigenmacht gründet, die Berufung auf besseres Recht zu (§ 974) und verschmilzt die Klage aus früherem Besitz mit der dinglichen Klage (§ 977—982); vgl. Erläuterungen S. 796 ff. u. 811 ff., Zycha, Z. f. schweiz. R., N. F. XXII 76 ff.

Digitized by Google

verhiefs. Und wer dem vom Fahrnisbesitz erweckten Scheine des Rechtes an der Sache traut, erwirbt heute in dem Umfange, in dem der redliche Erwerb geschützt wird, mit dem Besitz zugleich das Recht an der Sache, das zu erwerben er erwarten durfte.

V. Ersitzung. Seit der Aufnahme der römischen Ersitzung erschien die Fähigkeit, den Grund zu einer Ersitzung zu legen, als eine der Hauptwirkungen des Besitzes. Die Ausdehnung des Besitzesbegriffes verschaffte sogar der Ersitzung ein erweitertes Feld. Neuerdings wurde jedoch durch die Wiederbelebung des deutschen Rechtes diese Funktion des Besitzes stark geschwächt.

Im Liegenschaftsrecht wurde die Ersitzung wie die Verjährung den Grundbucheinträgen gegenüber ganz oder teilweise ausgeschlossen. Vereinzelt wurde dafür eine an die rechte Gewere erinnernde Ersitzung auf Grund des Bucheintrages (Tabularersitzung) eingeführt[86]. Das B.G.B. hat die ordentliche Ersitzung von Rechten an Grundstücken überhaupt abgeschafft, kennt aber eine aufserordentliche Ersitzung doppelter Art: einerseits die Ersitzung des Eigentums oder eines anderen mit Sachbesitz verbundenen oder mit Rechtsbesitzschutz ausgestatteten dinglichen Rechts auf Grund eines dreifsigjährigen, von Besitz begleiteten Bucheintrages, andererseits die Ersitzung des Rechtes, den Ausschlufs des bisherigen Eigentümers im Wege des Aufgebotsverfahrens zu bewirken und das erledigte Eigentum durch Eintragung zu erwerben, auf Grund dreifsigjährigen Eigenbesitzes[87].

Im Fahrnisrecht verlor die Ersitzung in dem Umfange, in dem der redliche Erwerb aus der Hand des Nichtberechtigten

---

[86] So die dreijährige Tabularersitzung des Österr. Gb. § 1467 u. 1469, die leiblichen Besitz überhaupt nicht fordert; sie hat aber durch Ges. v. 25. Juli 1871 § 61 ff. die Eigenschaft einer Ersitzung eingebüfst, vgl. Unger II § 104—105, Krainz I 589 ff. Ferner die fünfjährige Buchersitzung des Grofsh. Hess. Ges. v. 21. Febr. 1852 Art. 27, die aufser dem Bucheintrage die übrigen Erfordernisse der Ersitzung voraussetzt; Stobbe-Lehmann § 112 Anm. 21.

[87] B.G.B. § 900 u. 927; davon unten § 119 X, § 123 IV. — Der Schweiz. Entw. kennt eine ordentliche zehnjährige Ersitzung des Eigentums auf Grund eines unrichtigen Bucheintrages und gutgläubigen Besitzes; aufserdem, wenn ein Grundstück nicht gebucht oder der Eigentümer aus dem Buch nicht ersichtlich oder seit Beginn der Ersitzungszeit tot oder verschollen ist, eine zehnjährige ordentliche und eine dreifsigjährige aufserordentliche Ersitzung, von denen die erste titulierten gutgläubigen Besitz, die zweite lediglich gutgläubigen Besitz fordert; § 664—666. Die Vorschriften über die Eigentumsersitzung sollen auch auf Dienstbarkeiten und Grundlasten anwendbar sein; § 724, 739, 766.

Digitized by Google

geschützt wurde, an Bedeutung[88]. Das B.G.B. hat auch hier die ordentliche Ersitzung abgeschafft, kennt jedoch eine aufserordentliche Ersitzung von Eigentum und Niefsbrauch auf Grund eines zehnjährigen gutgläubigen Eigen- oder Nutzungsbesitzes[89].

VI. Sonstige Wirkungen. Von den sonstigen Wirkungen des Besitzes berühren sich namentlich seine Bedeutung für den Fruchterwerb und sein Einflufs auf die Tragung der Gefahr mit ehemaligen Wirkungen der Gewere[90].

§ 117. Die Form des Liegenschaftsverkehrs im deutschen Recht[1].

I. Ursprung. Gemäfs der Grundanlage des deutschen Liegenschaftsrechts vollzog sich von je der Wechsel in den Herr-

[88] Ganz ausgeschlossen ist sie im französ. R.; Zachariae-Crome I § 195.

[89] B.G.B. § 937—945, 1033; davon unten § 135 u. 147 III. Ähnlich, aber mit nur fünfjähriger Frist, Schweiz. Entw. § 721, 739, 983.

[90] B.G.B. § 955—957 (vgl. unten § 137 II 3), § 446. Andere dem Liegenschafts- und Fahrnisbesitz gemeinsame Wirkungen sind das Fortlaufen der begonnenen Verjährung dinglicher Ansprüche zugunsten des Besitznachfolgers (§ 221), das Ablösungsrecht zur Vermeidung des Verlustes durch Zwangsvollstreckung (§ 268 Abs. 1 S. 2), die Passivlegitimation gegenüber dem dinglichen Herausgabeanspruch (§ 985). Besondere Wirkungen des Liegenschaftsbesitzes (aber auch des Besitzes an einem nicht als Grundstücksbestandteil geltenden Gebäude oder dessen Teil) sind die Bedeutung für die dingliche Befestigung von Miete und Pacht (oben Anm. 57) und die Haftung für Gebäudeeinsturz (§ 836—838).

[1] Albrecht, Gewere S. 63 ff. Beseler, Erbv. I 19 ff.; D.P.R. § 89. Sandhaas, Germanist. Abh. S. 1 ff. Merkel, Z. f. R.G. II 101 ff. Laband, Vermögensr. Kl. S. 235 ff.; Krit. V.Schr. XV 382 ff., 403 ff. Stobbe, Jahrb. f. D. XII 138 ff.; D.P.R. II § 94, b. Lehmann § 105. Heusler, Gewere S. 1 ff., 163 ff., 183 ff.; Inst. II 66 ff. Sohm, Das Recht der Eheschliefsung S. 79 ff.; Zur Geschichte der Auflassung (oben § 113 Anm. 1); Z. f. R.G. XIV 27 ff. W. Haifs, Traditio und Investitura, München 1876. Brunner, Z. f. H.R. XXII 526 ff. (Forsch. S. 608 ff.); Urk. I 112 ff., 272 ff., 305 ff. v. Duhn a. a. O. (oben § 113 Anm. 1). Franken, Französ. Pfandr. I 92 ff., 157 ff. R. Bewer, Sala, Traditio, Vestitura, Rostock 1880. v. Amira, Recht S. 167 ff. R. Schröder, R.G. S. 62 ff., 276 ff., 716 ff. Roth, D.P.R. III § 255 ff. Gengler, D.P.R. § 45. Randa, Eigentum I 403 ff. Huber, Schweiz. P.R. IV 701 ff. P. Rehme, Das Lübecker Oberstadtbuch, Hannover 1895, S. 108 ff.; Zur Geschichte des Münchener Liegenschaftsrechts, Festgabe f. Dernburg, 1900, S. 281 ff. Beyerle, Grundeigentumsverhältnisse und Bürgerrecht im mittelalterlichen Konstanz, Bd. I, 1900, S. 119 ff. L. Peyer, Die Geschichte der Fertigung nach den R.Qu. v. Schaffhausen, 1897. P. Meerwein, Die

Digitized by Google

schaftsverhältnissen an Grund und Boden auf feierliche und öffentliche Weise.

Wenn das Gemeinwesen selbst einem Gliede Land zuteilte, so wurde unmittelbar durch den feierlichen und öffentlichen Spruch der Versammlung oder des berufenen Hauptes ein fortan von der Gemeinschaft gewährleistetes Besitzrecht begründet. Auf diesem Wege war einst alle Ausscheidung von Sondergut aus dem Gesamtgut erfolgt. Gleiches geschah auch später, wenn sich die Aufteilung von Allmende durch Gemeindebeschlufs wiederholte[2]. Ebenso mochte das an Stelle des Volksgutes getretene Königsgut durch Königsspruch vergeben werden[3]. Solche Verleihung aber wirkte, wenn und soweit sie nicht blofs an den Einzelnen, sondern an die von ihm dargestellte Familie erfolgt war, zugleich für die Erben, die daher von Rechts wegen in die Herrschaft eintraten.

Sollte dagegen Herrschaft an Grund und Boden rechtsgeschäftlich übertragen werden, so mufste, damit der Übergang der Herrschaft die Anerkennung der Gemeinschaft finde, irgendwie eine für die Gemeinschaft kontrollierbare Feststellung der Veränderung stattfinden. Darum gewann zwar in dem Mafse, in dem die Veräufserlichkeit des Grundbesitzes durchdrang, das Handeln der Beteiligten Übertragungskraft. Allein erforderlich blieb ein feierliches und öffentliches Handeln in der dafür ausgebildeten besonderen Form[4]. So entstand das der reichsten Entwicklung und mannigfachsten Verzweigung entgegengehende germanische Rechtsinstitut, das man ungenau mit dem Gesamtnamen „Auflassung“ zu umspannen pflegt[5].

---

gerichtliche Fertigung im Basler Stadtr. des 13. Jahr., Basel 1903. — Über das nordische Recht K. Lehmann, Z. f. R.G. XVIII 84 ff.; v. Amira, Altnord. Obl.R. I 511 ff., 554 ff., II 622 ff., 686 ff. — Über die Entwicklung seit der Rezeption unten Anm. 64 ff.

[2] Gierke, Gen.R. II 219 ff.

[3] Hier wurzelt wohl die fränkische Vergabung von Königsgut durch „Praeceptum Regis“, die erst allmählich zu einer der volksrechtlichen Auflassung entsprechenden Vergabung durch Übergabe der Urkunde wurde; vgl. Beseler, Erbv. I 45; Brunner, Zeugen- u. Inquisitionsbeweis S. 60 ff. (Forsch. S. 144 ff.), R.G. II 74; Ficker, Urkundenlehre I 110 ff.; Sohm, Auflassung S. 23 Anm. 30 u. S. 36 Anm. 50; Heusler, Inst. II 65 ff.; Schröder, R.G. S. 283, 718 Anm. 51.

[4] Die Nachricht bei Plinius, Hist. nat. XXII, 4, läfst vermuten, dafs diese Form in ihren Anfängen schon vor der Entstehung des Sondereigentums an Grund und Boden entwickelt war und zuerst bei der Übereignung von Land seitens einer Völkerschaft an eine andere Völkerschaft angewandt wurde.

[5] Der Name drückt an sich nur einen Bestandteil der Übertragungshandlung aus, der bei manchen Rechtsübertragungen ganz fehlt.

Digitized by Google

II. Älteste Gestaltung. Ursprünglich wurde die Übereignung eines Grundstückes auf dem Grundstücke selbst vorgenommen. Doch bedurfte es zur Wahrung der Öffentlichkeit der Zuziehung einer bestimmten Zahl von Zeugen aus dem Kreise der Gemeindegenossen[6]. Vor ihnen erfolgte die Übereignung unter Verwendung althergebrachter Sinnbilder und feierlicher Worte „mit Hand und Mund" („ore et manu"). Dabei lassen sich frühzeitig die beiden Vorgänge der Erklärung des Übereignungswillens und des Vollzuges der Übereignung unterscheiden.

Der erste Vorgang heifst nach seinem Kerne die Sale (Sala, Salung), lateinisch mit stark verändertem Wortsinne „traditio"[7]. Die Sale ist nicht der Veräufserungsvertrag[8]. Ein solcher geht ihr voraus[9], entbehrt aber jeder sachenrechtlichen Wirkung[10]. Die Sale selbst enthält keinerlei Versprechen, sondern gibt der unmittelbar auf den Übergang der Sachherrschaft gerichteten Willenseinigung sinnfälligen Ausdruck. Sie ist also ein dinglicher Vertrag. Ihren Grundbestandteil bildet die mit symbolischer Übergabe des Gegenstandes der Herrschaft verbundene Übereignungserklärung, die eigentliche „Gabe" oder „Vergabung". Dabei wird ein Grundstücksteil, eine Scholle (herba vel terra), Torf und Zweig

---

[6] L.Rib. t. 60 § 1; L.Bajuv. t. 16 c. 2; L.Burg. t. 60 § 1. Vgl. Haifs S. 17 ff., Bewer S. 26 ff.

[7] Stellen b. Kraut § 78 Nr. 1—7. Vgl. Thudichum, Sala, Sala-Gau, Lex Salica, Tübingen 1895, S. 8 ff.

[8] Als obligationenrechtlichen Veräufserungsvertrag betrachten sie Sohm, Eheschliefsung S. 80 ff., Auflassung S. 3 ff., Bewer S. 1 ff.; als zugleich obligationenrechtlichen und dinglichen Vertrag Brunner, Urk. I 272 ff., Forsch. S. 608 ff., Schröder, R.G. S. 63, 276 ff.

[9] Es versteht sich von selbst, dafs die Beteiligten, bevor sie zusammen auf das Grundstück gehen, sich über den Kauf, die Schenkung oder das sonst zugrunde liegende Geschäft geeinigt und einander die beiderseitigen Leistungen versprochen haben. Vgl. L.Rib. t. 60 § 1. — Eine andere Frage ist, ob und inwieweit der Veräufserungsvertrag eine Klage auf Vornahme der Sale erzeugte. Sicherlich konnte schon früh eine klagbare Verpflichtung durch rechtsförmliches Versprechen begründet werden. Das Übereignungsversprechen band aber, weil es keine Fahrnisschuld war, den Erben nicht. Es galt also, was Sachsensp. I Art. 9 für das Angeloben der gerichtlichen Vergabung ausspricht, schon bei der Sale auf dem Grundstücke. Das Nähere gehört ins Obligationenrecht.

[10] Dafs der Veräufserungsvertrag Eigentum übertrage, hat Sohm, Eheschliefsung S. 80 ff., Trauung und Verlobung S. 139 ff., behauptet, später aber fallen lassen.

Digitized by Google

(ramus cum cespite), Rasen und Zweig, bei Gebäuden ein Spahn, bei Kirchen das Glockenseil oder die Altardecke usw., vom Veräufserer dem Erwerber dargereicht oder in den Schofs gelegt[11], während als Gegengabe der Kaufpreis gezahlt zu werden pflegt[12]. An die Gabe aber schliefsen sich zwei andere Willenserklärungen an, die sich auf die Herrschaft als solche beziehen. Einmal die Bekleidung des Erwerbers mit der Gewere, die symbolische Investitur durch Aus- und Anziehen des Handschuhes oder durch Darbietung und Ergreifung eines anderen Herrschaftszeichens[13]. Sodann die rechtsförmliche Aufgabe der Gewere seitens des Veräufserers, der Verzicht (resignatio), die Räumung (evacuatio), die Lossagung (abdicatio), die „Lassung“ oder „Auflassung“[14], nach fränkischem Brauch durch den Wurf des Stabes oder Halmes (der

---

[11] Grimm, R.A. I 161 ff.; Sohm, Auflassung S. 6 ff.; Brunner, Urk. S. 264 ff., 274 ff.; Bewer S. 40 ff.; Heusler, Inst. II 67 ff.; Schröder S. 62 ff., 277; v. Amira a. a. O.; K. Lehmann a. a. O. S. 93 ff. — Von dem Schofswurf hiefs die Sale auch schotinge oder verschotinge, lateinisch scotatio, nordisch skeyting.

[12] L.Rib. t 60 § 1. Vgl. Schröder S. 277.

[13] Neben dem Handschuh oder der Fechtbinde (oben § 113 Anm. 2) begegnet als Investitursymbol der Hut (Urk. v. 1200 u. 1382 b. Kraut Nr. 24 u. 26, Wendisch-Rügian. Landgebr. ed. Gadebusch Tit. 105), das Messer (Urk. v. 778 b. Neugart Nr. 69) usw.; vgl. Grimm, R.A. I 157 ff., 204 ff., 271 ff., Sohm, Aufl. S. 14 ff., Bewer S. 42 ff., 49, 51. — Da unzweifelhaft die Investitur mit dem Handschuh usw. einerseits uralt und bei der Übereignung an Ort und Stelle gebräuchlich, andererseits stets eine ausgeprägt symbolische Handlung war, so ist es verwirrend, wenn seit Sohm vielfach Begriff und Wort der „symbolischen Investitur“ für Investitur aufserhalb des Grundstücks verwandt werden. Symbolische und reale Investitur sind nicht zwei verschiedene Arten, sondern zwei zusammengehörige Stücke der Einsetzung in die Gewere. Sie sind auch auf dem Grundstücke räumlich und zeitlich gesondert, jedoch durch Handlungsfolge verbunden. Später hört ihre äufsere, nicht aber ihre innere Verbindung auf. Nicht anders verhält es sich mit der symbolischen und der realen Übergabe des Grundstücks und mit der symbolischen und der realen Verlassung.

[14] Sicherlich ging auch auf dem Grundstücke der wirklichen Räumung eine Rämungserklärung mit Hand und Mund voraus. Die Anwendung des Auflassungssymboles der festuca bei Traditionen an Ort und Stelle ist vielfach bezeugt, vgl. die folgende Anm.; dabei kann es sich unmöglich um ein blofses feierliches Weggehen gehandelt haben. A. M. Heusler, Inst. II 68 u. 70. Dafs die sächsische Verzichtserklärung mit Finger und Zunge (unten Anm. 16) von je der Besitzräumung voranging, nimmt auch Schröder S. 277 an, während er hinsichtlich der Auflassung mit Halm und Mund der gegenteiligen Ansicht zuneigt (S. 278 Anm. 46).

Digitized by Google

festuca) sinnbildlich bekräftigt[15], nach sächsischem Brauch durch Handerhebung mit gekrümmtem Finger feierlich gelobt[16].

Der zweite Vorgang ist die „Gewere“ oder „investitura“ im ursprünglichen Sinne[17]. Sie ist reine Vollzugshandlung. Das Grundstück wird tatsächlich übergeben, der Erwerber ergreift tatsächlich den Besitz, der Veräufserer räumt tatsächlich das Grundstück (exit). Auch hierbei werden althergebrachte Förmlichkeiten beobachtet[18]. Allein sie versinnlichen keinerlei Willenserklärung, sondern verdeutlichen ein reales Tun.

---

[15] Das „fistucam in laisum jactare“ wird zuerst in L. Salica t. 46 bei der gerichtlichen Affatomie erwähnt. Doch begegnet die Auflassung per festucam frühzeitig auch auf dem Grundstücke; vgl. Formul. Senon. 7, 29 u. 34 bei Zeumer S. 188 ff., andere fränk. Formeln ib. S. 492 Nr. 6 u. S. 547 Nr. 23, Urk. v. 846 b. Sohm S. 8 ff. — Die festuca ist ein Stab oder ein in Knoten geschossener Halm (festuca nodata), heifst daher auch Stecken, Stippen, Stengel, fustis, stipula, calamus und ähnlich. Ob sie Ersatz des ursprünglich geworfenen Gers ist, ob vielmehr von Hause aus ein Runenstäbchen (festuca notata) oder ein „gemerkter“ Stab ist ungewifs. Die Auflassung „mit Halm und Mund“ heifst in den Quellen auch exfestucatio, werpitio, laesowerpitio, später „Verschiefsen“. Der Inhalt der abgegebenen Erklärung ist das „se exitum dicere“ oder „facere“, das „se absacitum facere“, das „abnegationem facere“ usw. Die Exfestukation ist nicht blofs fränkische Sitte, sondern findet sich später bei allen deutschen Stämmen aufser Sachsen und Friesen. Vgl. Michelsen, Über die festuca notata und die germanische Traditionssymbolik, 1856; Sohm, Aufl. S. 14 ff.; Bewer S. 44 ff.; Brunner, Urk. I 274 ff.; Heusler, Inst. I 76 ff., II 74 ff.; Schröder S. 62, 278, 718; Urk. b. Kraut Nr. 13—15.

[16] Grimm, R.A. I 195; Heusler II 75; Schröder S. 60, 277, 718; Urk. b. Loersch u. Schröder Nr. 83 („abnegatio“ zuerst „incurvatis digitis secundum morem Saxonicum“, dann „cum manu et festuca more Francorum“) und Nr. 84. Es ist die allgemeine sächsische Form des Treugelöbnisses; P. Puntschart, Schuldversprechen und Treugelöbnis, Leipzig 1896, S. 342 ff. Die Auflassung „mit Finger und Zunge“ ist also ein feierlich angelobter Verzicht, ein rechtsförmliches „Verloben“.

[17] Vgl. oben § 113 Anm. 3—4. Die ursprüngliche Bedeutung des Wortes „Gewere“ klingt darin nach, dafs im Land- und Lehnrecht auch nach der Verselbständigung der ideellen Gewere unter „Weisen“, „Setzen“, „Befehlen“ oder „Lassen in die Gewere“, „Antworten der Gewere“ usw. die leibliche Übergabe des Gutes verstanden wird. Auch das Wort „vestire“, das später nur bei der symbolischen Investitur begegnet, blieb längere Zeit hindurch für die reale Besitzeinführung in Gebrauch; vgl. Urk. v. 793 bei Meichelbeck Nr. 111: per circuitum vestivit; Urk. v. 819, 828, 829 und 839 ib. Nr. 395, 512, 538 u. 607.

[18] Der gemeinsame Grenzumgang (circuitus), die Einführung in das Haus unter Übergabe der Schwelle oder der Türe (des Türpfostens, der Schlüssel) und Anzünden des Herdfeuers; die Besitzergreifung durch Sitz auf drei-

Digitized by Google

Der dingliche Vertrag und dessen Vollzug sind voneinander nur durch eine kurze Zeitspanne getrennt. Darum bedarf es keiner genauen Unterscheidung ihrer Wirkungen. Gewifs ist, dafs die Wirksamkeit der realen Investitur durch die Sale bedingt war. Wahrscheinlich aber kam ursprünglich erst durch den Vollzug der Sale der Übergang der Gewere wie des Eigentums zustande[19].

III. Auflassung aufserhalb des Grundstücks. Schon in fränkischer Zeit wurde vielfach die Sale vom Grundstücke wegverlegt. Ihre Vornahme vor Gericht war wohl stets zulässig und in gewissen Fällen sogar notwendig[20]. Es wurde aber auch statthaft, sie an einem anderen Orte vorzunehmen, wenn nur für die erforderliche Öffentlichkeit gesorgt war[21]. Insbesondere erfolgten Traditionen an die Kirche häufig im Kirchengebäude vor dem Altar, wo der als eigentlicher Erwerber vorgestellte Heilige leiblich anwesend zu sein schien[22]. Nur aufserhalb der Grafschaft, in der das Grundstück lag, konnten Vergabungen nur ausnahmsweise und niemals vollständig erledigt werden[23].

Die Verlegung der Sale vom Grundstücke wurde dadurch gefördert, dafs die dem römischen Vulgarrecht entlehnte Veräufserung durch Aushändigung der Veräufserungsurkunde zur germanischen traditio per cartam umgebildet wurde[24]. Denn hierbei wurde das Grundstück durch die rechtsförmlich begebene Urkunde vertreten. Allerdings war für die germanische Auffassung mit der

---

beinigem Stuhl, das Bewirten von Gästen (L. Salica t. 46); der feierliche exitus. Vgl. Grimm, R.A. I 112 ff., 119 ff., 255 ff., 268 ff.; Stellen b. Kraut Nr. 56—59, 65, c; Bewer S. 50.

[19] War doch, wenn der unmittelbare Besitz wieder aufgegeben werden sollte, sogar sessio triduana erforderlich; oben § 113 Anm. 39.

[20] So nach L. Salica t. 43 bei der Affatomie, nach L. Rib. t. 59 § 1 bei jeder traditio per cartam.

[21] Cap. a. 809 c. 26 (Boretius I 151): De traditionibus ut in abscondito non fiant.

[22] L. Alam. I, 1; L. Bajuv. I, 1; Brunner, Urk. I 265 ff.

[23] Nach Cap. a. 803 c. 6 (Boretius I 113) wirkt eine traditio aufserhalb der Grafschaft weder für noch wider die Erben; nach Cap. a. 818 c. 6 (ib. I 282) verpflichtet die im Auslande zum Heil der Seele vorgenommene Sale, wenn sie gehörig vor Zeugen erklärt ist und Bürgen für die Investitur bestellt sind, auch die Erben, bedarf aber der Vervollständigung durch eine (offenbar rechtsförmliche) Investitur in der Grafschaft. Vgl. Brunner, Urk. I 277 ff.; Heusler, Inst. II 71 ff.; Schröder S. 280 ff.

[24] Brunner, Urk. I 113 ff., 272 ff., Forsch. S. 611 ff.; Schröder S. 278 ff. — Über die angelsächsische Buchvergabung Brunner, Urk. I 169 ff.

Digitized by Google

bloſsen Übergabe der Urkunde die Sale schwerlich vollendet[25]. Allein mehr und mehr verschmolz man mit dem Urkundungsakte die altheimischen Übereignungshandlungen, indem man nicht nur die Gabe durch Hinzufügung einer vom Grundstücke stammenden Scholle vervollständigte[26], sondern auch die symbolische Investitur mit dem Handschuh oder einem anderen Herrschaftszeichen und die feierliche Auflassung mit Halm und Mund oder mit Finger und Zunge einfügte[27]. Hiermit war die Loslösung des dinglichen Vertrages vom Grundstücke, die durch die Vornahme sinnbildlicher Übereignungshandlungen vor Gericht längst angebahnt war[28], der-

[25] Daher folgte, wenn nur Urkundenübergabe stattgefunden hatte, häufig noch eine Sale mit der volksrechtlichen Investitur- und Auflassungssymbolik an Ort und Stelle, später auch in der Kirche oder sonst auſserhalb des Grundstücks; vgl. Formeln b. Zeumer S. 188 Nr. 7—8, S. 489 Nr. 2, S. 492 Nr. 6, Brunner, Urk. I 213 ff., 302, 305, Schröder S. 280. — Die Annahme Brunners, daſs in solchen Fällen die Übereignung bereits durch die traditio cartae vollendet und der volksrechtliche Übereignungsakt ohne rechtliche Bedeutung sei, ist wohl kaum zutreffend. Zum Teil drang allerdings die reine traditio per cartam durch, aber doch nur in romanischen Ländern, besonders in Italien.

[26] Brunner, Urk. I 264 ff., 276 ff.; Heusler, Inst. II 69 ff. Hierauf ist wohl in l. Rib. t. 59 § 1 das „rem accipiat“ bei der gerichtlichen traditio per cartam zu beziehen. — Man legte die Scholle auf die Urkunde, die in unfertigem Zustande nebst Tintenfaſs und Feder begeben wurde. Nach dem Vorbilde der auf dem Grundstücke selbst vollzogenen Sale, bei der die Scholle behufs der Übergabe dem Boden selbst entnommen wurde, nahm der Veräuſserer die Scholle, nachdem sie auf den Boden gelegt war, behufs der Übergabe vom Boden auf. Die Scholle aber zog auch die Urkunde zur Erde. So entstand der bei Franken, Alamannen, Bayern und Burgundern geübte Gebrauch des „Aufnehmens der Urkunde“, das „Cartam levare“. Vgl. Brunner, Urk. I 104 ff., 263 ff, 302 ff.; Zeumer, Z. f. R.G. XVII 113 ff.

[27] Andelang (oder cultellus) und festuca werden häufig bei traditiones per cartam als gleichzeitig verwandte Symbole erwähnt; Form. Sal. Lindenbrog. Nr. 1, 2, 6—8, 12, 14, 16, 18 u. add. 2 b. Zeumer S. 266 ff.; Sohm, Aufl. S. 12 ff., 21 ff.; Brunner, Urk. S. 263 ff., 274. — In Rhätien kam zugleich mit dem Halm die Urkunde in den Wurf; Brunner S. 304.

[28] Der Schoſswurf der festuca findet bei der Affatomie schon nach l. Sal. t. 46 vor Gericht statt. Ebenso erfolgt frühzeitig die Erfüllung eines vom Königsgericht und bald auch die eines vom Volksgericht gefällten Urteils, das ein Gut dem nichtbesitzenden Teile zuspricht, durch sofortige Investitur (revestitio) und Auflassung (exfestucatio) vor Gericht; Brunner, Gerichtszeugnis S. 157 ff., Urk. I 275, 283, Forsch. S. 609 ff.; Sohm, Eheschlieſsung S. 83 ff., Aufl. S. 10 ff.; Laband a. a. O. S. 410; Ficker, Forsch. I 37 ff., III 372 ff.; Bewer S. 66 ff.; Schröder S. 283. Daſs auch die Übergabe der Scholle ohne Verbindung mit einer Urkundenbegebung vor Gericht stattfinden konnte, läſst sich aus l. Alam. t. 84 schlieſsen, da die hiernach in Vertretung

Digitized by Google

gestalt verallgemeinert, daſs sie auch ohne den Rückhalt eines Urkundungsaktes auf keinerlei Schwierigkeit mehr stieſs[29].

Die reale Investitur blieb natürlich an das Grundstück gebunden. Sie konnte der Sale vorangegangen sein, wurde aber dann erst durch diese rechtsbeständig[30]. Meist sollte sie nachfolgen; dann gab die Sale ein Recht auf ihren Vollzug[31].

Mit der Trennung der beiden Vorgänge wurde die Frage nach den Wirkungen eines jeden von ihnen bedeutungsvoll. Mancherlei Schwankungen sind dabei bemerklich. Je vollständiger aber der auſserhalb des Grundstückes stattfindende Vorgang die feierlichen und öffentlichen Willenserklärungen der Beteiligten in sich aufnahm, destomehr entfaltete und befestigte sich die Vorstellung, daſs er Gewere übertrage[32]. Und je bestimmter die ideelle Gewere hervortrat, desto mehr zog er auch die Kraft der Eigentums-

---

des umstrittenen Grundstücks vor Gericht gebrachte Scholle sicherlich dem Sieger ausgehändigt wurde.

[29] Spätestens seit Anfang des 9. Jahrh. begegnen Traditionen in der Kirche, bei denen die volksrechtlichen Symbole ohne Urkunde verwandt werden; vgl. Brunner, Urk. I 276 ff., 305, Heusler, Inst. II 73 ff., Schröder S. 280 Anm. 55. Mit dem Siege der gerichtlichen Vergabung verschwand in Deutschland überhaupt wieder die Urkunde als Traditionssymbol. Dagegen schlieſst nunmehr stets die gerichtliche Handlung alle Bestandteile des dinglichen Vertrages ein. Deutlich lassen sich dabei die „Gabe" mit Torf und Zweig, die Übertragung der „Gewere" mit Handschuh oder Messer und die abschlieſsende „Auflassung" unterscheiden. Erst allmählich verkümmert die Symbolik, insbesondere bei der Gabe, die daher mehr und mehr mit der Investitur zusammenflieſst. Vgl. Heusler II 73 ff., der aber die Gabe in der Übergabe des Handschuhs und die Investitur in der Darreichung der Scholle finden will. Ferner bes. Beyerle a. a. O. S. 127 ff., der nachweist, daſs in den drei von den Konstanzer Quellen als „aufgeben", „fertigen" und „sich entziehen" getrennten Handlungen Gabe, Investitur und Auflassung stecken. — Irrig ist die Meinung, die Sale sei im Veräuſserungsvertrage (Gelübde) aufgegangen. Gerade der Sachsensp. I Art. 9, auf den man sich hierfür beruft, spricht von einem Gelöbnis, „ein eigen zu gebene vor gerichte," vgl. I Art. 34, 52, II Art. 6 § 4, III Art. 56 § 3, 83 § 3; die „Gabe" aber ist mit Sala oder traditio identisch. Vgl. jetzt auch Schröder S. 718, der früher (3. Aufl. S. 688) die gegenteilige Meinung vertrat.

[30] Sachsensp. I Art. 9 § 5. Der Veräuſserer soll aber für die übertragene leibliche Gewere Gewährschaft leisten und, wenn sie gebrochen wird, dem Erwerber das für das Gut Empfangene zurückerstatten.

[31] Dies wird durch die besonderen Bestimmungen für Salen im Auslande (oben Anm. 23) nicht in Frage gestellt, sondern bestätigt. Auch wo eine solche Sale zugelassen wird, ist sie ergänzungsbedürftig, kann daher nur durch besondere Verbürgung dieser Ergänzung dingliche Kraft erlangen.

[32] Oben § 113 Anm. 32.

Digitized by Google

übertragung an sich. Die Investitur an Ort und Stelle blieb nur das Mittel, um die leibliche Gewere und mit ihr die Möglichkeit der Ausübung des Eigentums zu verschaffen[33]. Sie verlor daher, obschon die alten Förmlichkeiten bei ihr noch lange in Übung blieben[34], allmählich ihr rechtsförmliches Gewand und konnte durch formlose Besitzeinweisung oder Besitzergreifung ersetzt werden[35]. Auch die technischen Namen für die drei Bestandteile der Übereignung hefteten sich mehr und mehr ausschliefslich an den aufserhalb des Grundstückes geschlossenen dinglichen Vertrag, der daher, jenachdem auf das eine oder andere Stück gesehen wurde, Vergabung, Investitur oder Auflassung heifsen mochte[36]. Doch kam diese Entwicklung erst zum Abschlufs, seitdem die Übereignung vor Gericht zur Regel wurde.

IV. Fortbildung und Sieg der gerichtlichen Auflassung. Die Übereignung vor Gericht bot stets den Vorteil der gröfstmöglichen Offenkundigkeit. In dem Mafse, in dem das Gerichtszeugnis und die Gerichtsurkunde gesteigerte Beweiskraft erlangten, verschaffte sie zugleich dem Erwerber erhöhte Beweissicherung[37]. Die gerichtliche Verhandlung ermöglichte ferner die Einschaltung eines Urteils, das das Besitzrecht des Erwerbers dem Veräufserer gegenüber rechtskräftig feststellte und mit dem Anspruche auf Gerichtszwang ausrüstete. In fränkischer Zeit wurde zuerst vor dem Königsgericht und dann auch vor dem Volksgericht eine Auflassung oft in unmittelbarer Erfüllung eines Urteils vollzogen, das nicht nur durch einen wirklichen Rechtsstreit, sondern auch durch einen Scheinprozefs veranlafst werden konnte[38]. Ein solches Urteil konnte aber auch nachfolgen[39]. Und im deutschen

[33] Oben § 113 Anm. 37.

[34] Vgl. über Förmlichkeiten bei der Besitzübergabe noch Notariatsinstrum. von 1595 u. 1721 b. Kraut Nr. 65 u. c; über Förmlichkeiten bei der Einweisung von Gerichtshalben Sächs. Weichb. Art. 22, Stobbe, Aufl. S. 201 ff.

[35] Vgl. oben § 113 Anm. 78—79.

[36] Die Übereignung vor dem Landgericht wird im Ganzen bald „Geben", bald „Lassen" genannt. Der Ausdruck „Investitur" siegt im Lehnrecht. In süddeutschen und schweizer. Quellen gewinnt das Wort „Fertigung" allgemeinere Bedeutung (über den ursprünglichen Sinn Beyerle a. a. O. S. 131 ff.).

[37] Über das Gerichtszeugnis Brunner, Gerichtszeugnis S. 149 ff., R.G. II 523 ff., 394, Sachsensp. I Art. 8; über die Gerichtsurkunde Brunner, Urk. I 112, 292 ff., R.G. II 185 ff., 420 ff., Bewer S. 108 ff.

[38] Brunner, Gerichtszeugn. S. 157 ff., Urk. I 275, 286 ff.; Sohm, Eheschliefs. S. 83 ff., Aufl. S. 90 ff.; Laband a. a. O. S. 410; Bewer S. 54 ff.; Schröder S. 283.

[39] Brunner, Urk. I 292 ff.; Schröder S. 283.

Digitized by Google

Mittelalter erging auch ohne vorherigen Prozefs auf Bitten des Erwerbers ein Urteil, das die vor Gericht erfolgte Übereignung als gehörig geschehen bestätigte[40]. Endlich erfuhr die gerichtliche Auflassung durch Anfügung eines Aufgebotsverfahrens eine bedeutungsvolle Fortbildung, vermöge deren sie das Besitzrecht des Erwerbers auch Dritten gegenüber sicherte[41]. Denn nunmehr wurde, nachdem der Richter kraft seiner Banngewalt dreimal zur Geltendmachung der Widerspruchsrechte aufgefordert hatte, ein die von den Anwesenden verschwiegenen Ansprüche sofort und die Ansprüche Abwesender für den Fall ihrer Verschweigung in Jahr und Tag ausschliefsendes Urteil gefunden und verkündigt, dem der Richter durch Friedewirken Kraft gegen Jedermann verlieh[42]. Um solcher Vorzüge willen fand die gerichtliche Form der Auflassung wachsende Verbreitung.

Zuletzt wurde sie fast in ganz Deutschland zur alleinigen landrechtlichen Auflassungsform erhoben[43]. Hierauf wirkte vor allem die wachsende Verdinglichung der Gerichtspflicht ein. Denn je mehr infolge hiervon die Veräufserung von Eigen der Kontrolle oder gar der Genehmigung des Gerichtsherrn unterworfen wurde, desto angemessener erschien das Verbot jeder aufsergerichtlichen

[40] Der Erwerber erbittet und erhält ein Urteil darüber, ob die Gabe an ihn also recht und redlich geschehen sei, dafs sie ihm helfend sei zu seinem Recht; vgl. Aachener Urk. v. 1279 b. Lörsch u. Schröder Nr. 148, Sächs. Weichb. Art. 22; Beyerle S. 134 ff. — An manchen Orten erfolgte die Auflassung an den Richter, der dann die Vergabung laut Gerichtsspruches vollzog; Urk. b. Lörsch u. Schröder Nr. 279, Stobbe, Aufl. S. 193 ff., D.P.R. II 376 (b. Lehmann), Heusler, Inst. II 82 Anm. 4.

[41] Über die Entwicklung aus der fränkischen missio in bannum (Fronung) vgl. Sohm, Z. f. R.G. XIV 37 ff., Brunner ib. XVII 237 ff., Forsch. S. 738 ff., Heusler, Inst. II 85 ff., Schröder S. 719, Stobbe-Lehmann II 375.

[42] In den latein. Urk. heifst das Friedewirken auch „banno stabilire“ oder „confirmare“, in Sachsensp. II Art. 30 „stedigen“. Sehr anschaulich ist das ganze Verfahren im Rechtsb. n. Dist. I c. 31, 44 d. 1 u. 46 d. 4 geschildert. — Es versteht sich, dafs die erhobenen Einsprüche sofort in prozessualem Zwischenverfahren erledigt werden können.

[43] Sachsensp. I Art. 52 § 1: ane .. echt ding ne mut nieman sin egen geven. Schwabensp. (W.) c. 349: ane vogtes dink mag nieman sin aigen hin gegeben, das es kraft müge haben. Rechtsb. n. Dist. I c. 45 d. 1. Viele andere Stellen b. Stobbe, Aufl. S. 172 ff., Heusler, Inst. II 81 ff.; vgl. auch Meerwein a. a. O. S. 22 ff. — Gegen die von Laband, Klagen S. 235 ff., Stobbe, Aufl. S. 166 ff., u. A. versuchte Bestreitung der Notwendigkeit gerichtlicher Mitwirkung bei der Übertragung von freiem Eigen vgl. bes. Sohm, Z. f. R.G. XIV 41 ff., Heusler a. a. O., Schröder S. 719. Über einzelne Ausnahmen Schröder a. a. O. Anm. 56.

Digitized by Google

Vergabung[44]. Auch war vermutlich das Vorbild der an das Lehn- oder Hofgericht gebundenen lehn- und hofrechtlichen Vergabungen nicht ohne Einfluſs[45].

Der Sieg der gerichtlichen Form bedeutete zugleich die endgültige Verlegung der sachenrechtlichen Wirkung in den dinglichen Vertrag. Die feierliche gerichtliche Handlung und sie allein überträgt nun die ideelle Gewere und legt den Grund für die rechte Gewere. Durch sie und nur durch sie geht das Eigentum über. Und obschon sie an sich nur dann Eigentum verschaffen kann, wenn die materiellen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung erfüllt sind, so vermag sie doch kraft ihrer Ausschluſswirkungen zuletzt auch Mängel im Rechte zu heilen. Neben ihr behält die leibliche Besitzeinweisung nur noch die Bedeutung der tatsächlichen Verwirklichung der Gewere und der Verschaffung des Rechtsgenusses.

V. Verzweigung. Das für die Übereignung von Grundstücken ausgebildete Rechtsinstitut verzweigte sich mehrfach.

1. Der landrechtlichen Auflassung zur Seite entwickelten sich ähnliche Übertragungsformen in anderen Rechtskreisen. Das Fürstenrecht hielt an der Vergabung durch feierliche Erteilung eines Königs- oder Fürstenbriefes fest[46]. Nach Lehnrecht wurde die Lehnsgewere und das in ihr erscheinende dingliche Recht vom Herrn dem Manne in Form der Investitur mit einem Herrschaftszeichen, vom Manne einem anderen Manne in Form der Auflassung an den Herrn mit nachfolgender Investitur durch den Herrn vor dem Lehngerichte übertragen[47]. Das Hofrecht

[44] Daſs die Auffassung der Dingpflicht als Grundlast (Sachsensp. I Art. 2 § 2, Gierke, Gen.R. II 101 ff.) einwirkte, läſst sich aus Sachsensp. I Art. 34 § 1 folgern, da hier um der Dingpflicht willen die Vergabung der letzten halben Hufe an die Genehmigung des Richters gebunden wird. Auch mag der Wunsch des Gerichtsherrn, den für das Friedewirken zu zahlenden Friedeschilling nicht zu verlieren, zur Beseitigung der auſsergerichtlichen Vergabungen beigetragen haben. Eine Einwirkung der Steuerpflicht (Grafenschatzpflicht) nehmen Sohm u. Heusler an; vgl. aber Schröder S. 719 Anm. 58.

[45] Auf lehnrechtliches Vorbild weist auch das Aufkommen der Auflassung durch die Hand des Richters (oben Anm. 40) hin (sog. „Allodialinvestitur").

[46] Wie der König selbst, so vollzogen auch die Fürsten Gutsübertragungen durch Brieferteilung; Stobbe, Aufl. S. 170, Sohm, Z. f. R.G. XIV 52, Schröder S. 718; Urk. v. 1268 b. Kraut Nr. 72; dazu oben Anm. 3. Sie konnten aber dafür oder daneben auch die landrechtliche Form der Auflassung gebrauchen; Urk. v. 1484 b. Kraut Nr. 73.

[47] Vgl. über die der langobardischen Form der Investitur (II F. 2 pr.)

Digitized by Google

bildete Verleihungen und Auflassungen vor dem Hofgericht aus[48]. Im Stadtrecht trat vielfach an Stelle der gerichtlichen Auflassung die Auflassung vor dem Rat[49].

2. Die Übereignungsform wurde in der erforderlichen Umbildung auf begrenzte dingliche Rechte erstreckt.

Allgemein unterlagen dieser Entwicklung die mit Sachgewere verbundenen dinglichen Rechte an Grundstücken. Seit alter Zeit bediente man sich der feierlichen und öffentlichen Übereignungsform nicht blofs zur vollen Übereignung, sondern auch zur Einräumung, Weitergabe oder Wiederaufgabe eines befristeten, bedingten oder gebundenen, eines rückfälligen oder blofs anwartschaftlichen, eines zur Sicherung bestimmten oder eines vorübergehend anvertrauten Eigentums[50]. Soweit sich die unvollständigen Besitzrechte zu selbständigen dinglichen Rechten des Land- und Stadtrechts ausgestalteten und als Leibzucht, Leihe, Satzung usw. vom Eigentum ablösten, wurden für sie entsprechende Formen

entsprechenden deutschen Formen des „Leihens“ („Belehnens“, „inbeneficiare“) Homeyer, Sachsensp. II, 2 S. 324 ff.; über das „Lassen“ („Auflassen“) des Lehens ib. S. 425 ff. — Die Übertragung des Eigentums am Lehn durch den Herrn erfolgt im Wege der gewöhnlichen Auflassung; ib. S. 386 ff.

[48] Vgl. über die Investitur (Belehnung, Werschaft, Behandigung, Empfang) vor dem Hofgericht Maurer, Fronh. III 15 ff.; über Auflassungen vor dem Hofgericht ib. IV 141 ff.

[49] Vgl. z. B. Lüb. R. II Art. 36; Hamb. Stat. v. 1270 I, 6; Dortmunder Priv. v. 1332 § 18 b. Frensdorff S. 199; Wiener Priv. v. 1360 b. Schuster S. 29 ff.; Behrend, Stendaler Urteilsbuch S. 3 ff.; Stobbe, Aufl. S. 184 ff.; Rehme a. a. O. S. 108 ff. — Anders nach Magdeb. R.; vgl. Magdeb.-Görlitzer R. v. 1304 § 22, Magdeb.-Bresl. Schöffenr. IV, 1 c. 21 b. Kraut Nr. 44, Rechtsb. n. Dist. I c. 45 d. 1.

[50] Vgl. z. B. über Vergabungen zu blofs lebenslänglichem Eigentum Brunner, Forsch. S. 4 ff., 35 Anm. 7. Über Vergabungen zu aufgeschobenem (suspensiv durch Tod oder anderweit bedingtem) Eigentum Hübner, Donationes post obitum S. 40 ff., 74 ff. Über Vergabungen mit Vorbehalt der lebenslänglichen Herrschaft Hübner a. a. O. S. 103 ff. Über Investituren zur Sicherstellung, wobei bald suspensiv, bald resolutiv bedingtes Eigentum übertragen wird, Brunner a. a. O. S. 620 ff. Über die Vergabungen zur treuen Hand an „Salmannen“ Stobbe, Z. f. R.G. VII 405 ff., Bewer S. 71 ff., Heusler I 215 ff., Brunner a. a. O. S. 32 Anm. 2, 627, Hübner a. a. O. S. 43 ff., 105 ff., A. Schultze, Die langobardische Treuhand (Unters. z. D. St. u. R.G. XLIX) S. 43 ff., Beyerle a. a. O. S. 15 ff. So begründete auch die Übereignung mit dem Gedinge der Rückgewähr von Leihbesitz oder der Belehnung eines Dritten (Sächs. Lehnr. Art. 26 § 10 u. Art. 36) ein durch die Erfüllung der Leihepflicht resolutiv bedingtes Eigentum; Homeyer a. a. O. S. 314 ff.

Digitized by Google

der Begründung und Übertragung ausgebildet[51]. Zugleich erschienen die der Übereignung nachgebildeten Investituren und Auflassungen des Lehn- und Hofrechts als Übertragungsformen für besondere dingliche Rechte, wobei wiederum neben die auf den Übergang voller lehn- oder hofrechtlicher Gewere gerichteten Formen mancherlei Formen traten, die auf eine minder volle, befristete, bedingte oder blofs anwartschaftliche Gewere abzielten[52]. In allen solchen Fällen eines rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit beschränkter Sachherrschaft wurden die den dinglichen Vertrag ausdrückenden Willenserklärungen sinngemäfs abgewandelt und die für die Sachlage nicht passenden Handlungen weggelassen. Wo kein Besitzwechsel beabsichtigt war, erfolgte keine Gabe[53]. Wer

[51] Gerichtliche Bestellung der Leibzucht an Eigen nach Sachsensp. I Art. 21 § 1, Art. 44, III Art. 74; gerichtliche Auflassung der Leibzucht ib. I Art. 45 § 2. Gerichtliche Bestellung der älteren Satzung nach Sachsensp. I Art. 8 § 1, Rechtsb. n. Dist. I c. 46 d. 4, Sächs. Lehnr. Art. 55 § 8, Lüb. R. II Art. 24, Münchener Stadtr. Art. 32. Gerichtliche Bestellung von Erbzinsrechten nach den Stadtrechten seit Ende des 13. Jahrh.; Gobbers, Z. f. R.G. XVII 174, Heusler II 180, Rehme a. a. O. S. 40 ff., 116 ff. — Soweit Gerichtlichkeit nicht erforderlich war, erfolgte eine aufsergerichtliche Investitur, sei es durch Begebung der Urkunde (Brunner, Forsch. S. 226 u. 227), sei es mündlich vor Zeugen; insbesondere wurden auf dem Lande und anfangs auch in den Städten vielfach freie Leiherechte teils durch Erteilung von Leihebriefen, teils durch nachträglich beurkundete Verleihung vor Zeugen begründet; Heusler, Inst. II 178 ff.; Schröder S. 722; v. Schwind, Zur Entstehungsgeschichte der freien Erbleihen S. 38 ff.; H. Wopfner, Beiträge zur Geschichte der freien bäuerlichen Erbleihe Deutschtirols im M.A., Unters. z. D. St. u. R.G. LXVII. 1903, S. 90 ff.

[52] Vgl. über „Lehn mit Gedinge“, zu denen die suspensiv bedingte Belehnung in der doppelten Gestalt des Gedinges und der Anwartung, die resolutiv bedingte Belehnung (auf Treue), die geliehene Satzung (Pfandlehen), die Leihe zur Vormundschaft, das befristete Lehn und das Leibzuchtslehn gehören, Homeyer a. a. O. S. 329 ff. — Das Lehn kann auch den Gegenstand einer vor dem Landgericht bestellten Satzung oder Leibzucht bilden; Sachsensp. II Art. 21 § 3, Sächs. Lehnr. Art. 31 § 1, Magdeb.-Görl. R. v. 1304 § 83, Homeyer a. a. O. S. 359 ff., 433 ff.

[53] So genügte die einfache Auflassung des anwartschaftlichen Rechtes, um dem besitzenden Eigentümer freies Eigentum zu verschaffen. In dieser Weise geschah z. B. der Verzicht auf ein für den Todesfall übertragenes Eigentum, auf eine noch ruhende Leibzucht (Sachsensp. I Art. 45 § 2), auf eine Lehnsanwartschaft. Auch die Zustimmung der Erben zu der Veräufserung eines Grundstücks vollzog sich in Form der feierlichen Auflassung des Wartrechtes; Urk. b. Fipper, Beispruchsrecht S. 79 Anm. 8, b. Lörsch u. Schröder Nr. 104 u. 133; Heusler II 79; Schröder, R.G. S. 722. Ebenso konnte der Eigentümer durch blofse Auflassung das Recht des besitzenden

Digitized by Google

Gewere schon oder noch hatte, bedurfte keiner Investitur[54]. Wer nicht alle Gewere aufgeben wollte, nahm keine Auflassung vor[55].

Aber auch die in das Gewand einer blofsen Rechtsgewere gekleideten dinglichen Rechte wurden, seitdem und soweit sie sich verselbständigten, der Bestellung und Übertragung durch eine nach dem Muster der Übereignung aus- und fortgebildete gerichtliche Handlung fähig und zum Teil bedürftig[56].

Leibzüchters (z. B. auch dessen, der eine Vergabung von Todeswegen mit Vorbehalt der Leibzucht vollzogen hatte), Pfandgläubigers usw. in Eigentum verwandeln; Heusler a. a. O. — Dagegen erfolgte die Begründung auch des aufschiebend bedingten oder betagten Rechtes auf den Besitz mit Vergabung und Investitur; gerade deshalb wurden eintretenden Falles Recht und Gewere ohne weiteres wirksam; vgl. oben § 113 Anm. 60—61 u. 87.

[54] Die Investitur unterbleibt daher nicht nur, wo keine Gabe erfolgt, sondern auch dann, wenn der besitzende Leibzüchter, Satzungsgläubiger, Lehnmann oder Zinsmann das Gut unter Auflassung seines Rechtes dem Eigentümer oder dem Herrn zurückgibt; und zwar auch dann, wenn die Auflassung an den Herrn nur die Übertragung des Rechtes auf einen Dritten vermitteln soll; Homeyer a. a. O. S. 426 ff., 499 ff., Heusler II 76 Anm. 18, Schröder S. 721.

[55] Ohne Auflassung erfolgt daher die Belehnung und Afterbelehnung, die Leihe nach Hofrecht, die Leibzuchtsbestellung, die Satzung; Heusler II 76 ff., 141 ff., 155, 178 ff.; Pauli, Abh. IV 27 ff.; Rehme S. 77 ff.; Schröder S. 721 ff. Ebenso die Leihe nach Landrecht und ursprünglich auch die Leihe nach Stadtrecht, bei der erst später Auflassung üblich wurde; Rehme S. 116 ff. Ohne Auflassung erfolgt aber auch die Übereignung, falls der Veräufserer sich entweder ein Rückfallsrecht ausbedingt (z. B. beim Verkauf auf Wiederkauf, Heusler II 138) oder ein Besitzrecht vorbehält (z. B. bei der Vergabung mit Vorbehalt des Niefsbrauchs, Hübner a. a. O. S. 87 ff.). — Dagegen wird eine Auflassung vorgenommen, wenn zunächst alle Gewere aufgegeben und erst hinterher neue Gewere zurückempfangen werden soll. So bei der Übereignung mit dem Gedinge der Rückübertragung zu Leiherecht, insbesondere beim Lehnsauftrage; Homeyer a. a. O. S. 314 ff. Ebenso bei der Vergabung von Todeswegen im Falle ihres Vollzuges durch die doppelte Handlung einer vollen Übereignung und einer Rückgewähr zu Leibzucht; Hübner a. a. O. S. 90 ff. Desgleichen bei der Übereignung an Salmannen.

[56] So werden Grunddienstbarkeiten vor Gericht oder Rat bestellt und ins Grundbuch eingetragen; vgl. Bischoff, Über das älteste Olmützer Stadtbuch, Wien 1877, S. 41, Stobbe II § 57 Anm. a, v. Duhn a. a. O. S. 23 ff., Rehme S. 76 ff., 114 ff. Desgleichen Pfandrechte ohne Sachgewere (neue Satzung); Lüb. R. II Art. 36, Hamb. Stat. v. 1270 I 13, Bremer Stat. v. 1303 ord. 22, v. Meibom, Pfandr. S. 415 ff., Bischoff a. a. O. S. 45 ff., Pauli IV 27 ff., 134, Stobbe II § 107 Anm. 3—4, Heusler II 149 ff., Rehme S. 122 ff. Ebenso Reallasten, insbesondere Renten; Duncker, Reallasten S. 70 ff., Z. f. D. R. XI 469 ff., Stobbe ib. XIX 186 ff., D.P.R. II § 104 Z. 3, Rehme S. 50 ff., 114 ff., 117 ff. Vielfach auch Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte; Platner, Z. f. R.G. IV 149 ff., 155, 161 ff., Laband a. a. O. S. 268 ff., 271,

Digitized by Google

3. Gleich den Grundstücken wurden selbständige liegenschaftliche Gerechtsame als Gegenstände der Übereignung, Verleihung, Belastung usw. den entsprechenden Formen der Vergabung, Investitur und Auflassung unterworfen[57].

4. Endlich wurden, wenn und insoweit ein Vermögen als Ganzes den Gegenstand einer Übereignung oder Belastung bildete, die für Grundstücke ausgebildeten Übertragungsformen auch auf Vermögensinbegriffe angewandt[58].

VI. Eintragung. In den letzten Jahrhunderten des Mittelalters ging die gerichtliche Auflassung nebst ihren Abzweigungen eine zukunftreiche Verbindung mit der Einrichtung der öffentlichen Bücher ein[59]. Die Eintragung der vor Gericht oder Rat geschlossenen dinglichen Verträge in behördlich geführte und aufbewahrte Bücher wurde namentlich in den Städten allgemein üblich und vielfach notwendig[60]. Je mehr sich eigentliche Grundbücher entwickelten, aus denen alle auf die einzelnen Grundstücke bezüglichen Rechtsveränderungen ersichtlich waren, desto mehr erlangte der Bucheintrag die Bedeutung der mafsgebenden öffentlichen Beurkundung, während die für die Beteiligten ausgefertigten Urkunden zu Zeugnissen über die Bucheinträge herabsanken. Der Bucheintrag zog daher die Kraft des Gerichtszeugnisses und der Gerichtsurkunde an sich[61]. Damit gewann man nun freilich zu-

Stobbe-Lehmann II 472 Anm. 6. — In allen solchen Fällen erfolgte die Belastung ursprünglich ohne Auflassung; bei den dinglichen Renten aber drang allgemein die Bestellung in Form der Auflassung durch, indem die Belastung als Teilveräufserung vorgestellt wurde. Die Weitergabe oder Aufgabe solcher dinglichen Rechte geschah stets mittels Auflassung. — Näheres unten in § 143, 151, 155.

[57] Vgl. oben § 113 Anm. 67—68.

[58] Von der Erstreckung der Vergabungen von Todeswegen auf das Vermögen als Ganzes mufs im Erbrechte, von den gegenseitigen Vermögensauflassungen unter Ehegatten im Eherechte, von der Verpfändung des Vermögens im Pfandrechte die Rede sein.

[59] Vgl. oben Bd. I 294 ff.; zu den dort in Anm. 51 angef. Schriften sind insbesondere die Schriften von P. Rehme über das Lübecker Oberstadtbuch (oben Anm. 1) und Geschichte des Münchener Grundbuchs, Halle 1903, hinzugetreten.

[60] Am frühesten in Köln, wo schon seit dem 12. Jahrh. alle Eigentumsveränderungen in die Schreinsbücher eingetragen werden mufsten; vgl. Heusler II 117. In Magdeburg seit 1215; Magdeb. Schöppenchronik, Städtechron. VII 142. In Dortmund nach Priv. v. 1332 § 18 b. Frensdorff S. 119. Vgl. Lüb. R. II Art. 24, III Art. 248; Priv. f. Stendal v. 1345, Stendaler Urteilsbuch S. 2. Hamb. Stadtr. v. 1270 I, 6, v. 1497 G 3; Bremer Stat. v. 1433 ord. 49 u. 53.

[61] Vgl. Priv. f. Dortmund a. a. O. (pro judicato); Priv. f. Schweidnitz v.

Digitized by Google

nächst nur ein verbessertes Beweismittel für das, was mit Hand und Mund vollbracht war. Allein die Entwicklung drängte weiter. Der Bucheintrag wurde zum wesentlichen und abschliefsenden Bestandteile des Übertragungsaktes selbst, so dafs erst durch ihn der Eigentumsübergang sich vollendete oder das dingliche Recht entstand, überging oder erlosch[62]. Zugleich wurde die Legitimationswirkung der öffentlichen Übertragung mehr und mehr in den öffentlichen Glauben des Buches verlegt[63].

VII. Schicksale nach der Rezeption. Seit der Rezeption galten die römischrechtlichen Regeln über den Erwerb von Sachenrecht als gemeines Recht Deutschlands. Nur im Lehnrecht blieb die Investitur, soweit sie das langobardische Recht bewahrt hatte, als gemeinrechtliches Institut anerkannt. Dagegen erhielten sich in fast allen Partikularrechten mindestens Trümmerstücke, in manchen die wesentlichen Grundlagen des deutschen Rechts. Im Laufe der Zeit wurden dann die Reste des alten Rechts mannigfach umgebildet, wozu ja schon der Wegfall der Öffentlichkeit des Gerichtes zwang[64]. Sie wurden aber auch in

1321 b. Gengler S. 422 (plenam firmitatem et robur perpetuum); Hamb. Stat. v. 1497 G 3 (dat gheyt vor alle segele u. breve). Vgl. Stobbe, Aufl. S. 204 ff., D.P.R. (b Lehmann) II 376; Schröder, R.G. S. 703; Rehme S. 253 ff., 265 ff.

[62] Den Nachweis für Lübeck erbringt Rehme S. 256 ff. Hinsichtlich der Pfandrechte und der dinglichen Renten ist schon im Mittelalter das Erfordernis der Eintragung vielfach bezeugt; vgl. z. B. Münchener Stadtr. Art. 32 u. 205, Wiener Stat. v. 1388 b. Schuster S. 31 Anm., Greifswalder Bursprake § 55, Hamb. R. b. Baumeister I 172, 227. Aber auch hinsichtlich des Eigentumserwerbes galt wahrscheinlich in vielen Städten (z B. in Hamburg, Hannover, Bremen, den mecklenburgischen Städten) schon im Mittelalter der Bucheintrag als Perfektionsakt. Vgl. Homeyer, Stadtbücher S. 46 ff.; Beseler S. 362; Stobbe, Aufl. S. 207., D.P.R. II § 94 Anm. 28, § 104 Anm. 14, § 107 Anm. 4, Bewer S. 113, Aubert a. a. O. (oben Bd. I 295 Anm. 51) S. 28 u. 36. In den Ländern der böhmischen Krone erfolgte auf dem Lande schon seit dem 13., Jahrh., in den Städten seit dem 15. Jahrh. der Eigentumsübergang durch Eintragung; vgl. Randa, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VI 81 ff.; Czylarz ib. X 263 ff., Randa, Eigent. I § 18, Roth, D.P.R. III 311 ff.

[63] In Lübeck wurde der Stadtbucheintrag zur Grundlage der Entstehung rechter Gewere in Jahr und Tag; Cod. III Art. 327, Rehme S. 253 ff., 265. Nach Hamb. Stadtr. v. 1497 G 3 geht der Bucheintrag vor „rowelyke langhe besyttynge". — In Lübeck galt auch bereits der Satz, dafs der Erbe, obschon er das Eigentum von Rechts wegen erwirbt, erst nach erfolgter Umschreibung veräufsern kann; Rehme S. 268 ff.

[64] Einen Ersatz suchte man vielfach in einer öffentlichen Verkündigung der bevorstehenden Veräufserung durch Anschlag am Gerichts- oder Rathause oder von der Kanzel; Stobbe, Aufl. S. 213 ff. Die Verschweigungsfrist für Widerspruchsrechte wurde beibehalten, jedoch oft abgekürzt; Stobbe a. a. O.

Digitized by Google

der verschiedenartigsten Weise mit den Sätzen des fremden Rechts in Verbindung gebracht. Dabei kam seit der Mitte des siebzehnten Jahrhunderts in wachsendem Maſse die auf Wiederbelebung des deutschen Rechtsgedankens abzielende Bewegung zum Durchbruch. So entstand eine verwirrende Fülle von Systemen, die sich nach ihrer Grundanlage in vier Gruppen einteilen lassen.

1. Römisches System. Wo die römischen Grundsätze über den Erwerb des Eigentums und der dinglichen Rechte an Grundstücken siegten, wandelte sich die gerichtliche Auflassung, insoweit sie gleichwohl fortbestand, in eine gerichtliche Form des Veräuſserungsvertrages um. In diesem Sinne wurde die gerichtliche Verlautbarung (Insinuation) der Grundstücksveräuſserungen und ihre Eintragung in das Gerichtsbuch vorgeschrieben[65], meist auch eine eingehende Prüfung des Vertrages und dessen Bestätigung durch ein gerichtliches Konfirmationsdekret verlangt[66]. Regelmäſsig hing von der Wahrung der gerichtlichen Form die Gültigkeit des Vertrages ab, so daſs bei ihrer Verabsäumung die Tradition mangels eines gehörigen Titels das Eigentum nicht übertrug[67]. Doch wurde keineswegs überall die gerichtliche Form als wesentlich behandelt[68]. Auch für die Belastung der Grundstücke behielt man gerichtliche Formen bei, durch deren Beobachtung

---

S. 235 ff. Erst in dem Maſse, in dem die Öffentlichkeit des Buches alle Publizität an sich zog, verschwanden die Verkündigungen und die Verschweigungsfristen.

[65] Bisweilen war die Eintragung nicht erforderlich (so noch nach Hannov. Ges. v. 16. Dez. 1843); auch die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts der belegenen Sache wurde nicht immer festgehalten; vgl. Beseler, D.P.R. S. 365.

[66] Die Prüfung erstreckte sich nicht nur auf Freiheit und Ernstlichkeit des Vertragswillens, sondern auch darauf, ob der Vertrag nicht einem Teile zum Nachteile gereiche, sowie insbesondere auf die Unschädlichkeit des Besitzwechsels für die mit dem Grundstücke verbundene Steuerpflicht und die sonstigen öffentlichen Interessen; vgl. Stobbe, Aufl. S. 220 ff., 234 ff.; Roth, Bayr. C.R. § 136 Anm. 40 ff.

[67] So nach Solmser L.R. t. XI § 4, Kurpfälz. L.R. II t. 7, Braunschw.-Lüneb. V. v. 6. Okt. 1712 (C.C. Calenb. c. 2 p. 633), einzelnen sächs. Ges., manchen bayr. Statutarrechten; Roth, Bayr. C.R. II § 136 Anm. 39, 42, 45, Stobbe a. a. O. S. 224 ff.

[68] Oft erlischt durch sie nur ein bis dahin gewährtes Reurecht; so nach dem 3. Württ. L.R. II t. 13, während das 1. und 2. Landrecht Nichtigkeit drohten (Wächter II § 43), nach bayr. Statutarrechten (Roth a. a. O. Anm. 50—51) usw.; Stobbe a. a. O. S. 224 ff. Mitunter ist die Unterlassung nur mit Geldstrafe bedroht; Hannov. Ges. v. 16. Dez. 1843 § 5, Beseler S. 365.

Digitized by Google

bald der Bestand, bald nur der Rang des dinglichen Rechtes bedingt wurde[69].

2. Römisch-deutsches System. In vielen Ländern wurde zwar der römische Grundsatz des Eigentumserwerbes durch Tradition angenommen, jedoch daneben im Zusammenhange mit einer deutschrechtlichen Ordnung der Grundstücksbelastungen eine gerichtliche Erklärung des Eigentumsüberganges beibehalten oder wiedereingeführt, die erforderlich und ausreichend war, um dem Erwerber gewisse Verfügungsrechte des Eigentümers zu verschaffen. Hier sank die gerichtliche Auflassung nicht zu einer blofsen Form des Veräufserungsvertrages herab, wahrte vielmehr auf Kosten der Tradition ein Stück dinglicher Kraft. Das deutsche Recht wurde also nicht in das römische System hineingeschoben, sondern behauptete sich neben ihm in selbständiger Bedeutung.

Bei diesem System, das in Preufsen auf Grund des Landrechtes bis zu dem Gesetze von 1872 galt, in Bayern, in Württemberg und für Landgüter in Mecklenburg bis zum B.G.B. bestand[70], wurde die öffentliche Feststellung des Eigentumsüberganges stets in den gerichtlichen Bucheintrag verlegt, während die grundlegende Erklärung der Beteiligten in dem gehörig beurkundeten und angemeldeten Veräufserungsvertrage verschwand[71]. Um die möglichste Übereinstimmung der Bucheinträge mit den wirklichen Eigentumsverhältnissen zu erzielen, wurde einerseits allgemein

---

[69] Das Erstere war fast überall bei dinglichen Renten, bisweilen aber auch (z. B. nach dem 1. u 2., jedoch nicht mehr nach dem 3. Württ. L.R., vgl. Wächter I 564, 575) beim Pfandrechte der Fall; ein Vorzugsrecht der gerichtlich bestellten und in die Gerichtsbücher eingetragenen Pfandrechte wurde ziemlich allgemein anerkannt. Näheres unten § 156.

[70] Vgl. Preufs. A. L.R. I, 10 § 1 u. 6 ff.; Dernburg, Preufs. P.R. I § 191, Preufs. Hyp.R. I § 2—3. — Roth, Bayr. C.R. II § 136, D.P.R. III 256 ff., Regelsberger, Bayr. Hyp.R. (3. Aufl.) S. 40 ff. — v. Wächter, Württ. P.R. I 978, II 373 ff.; Lang a. a. O. § 53 ff.; Roth, D.P.R. III 320 ff. — Mecklenb. Hyp.O. f. Landgüter v. 18. Okt. 1848 § 9; v. Meibom, Mecklenb. Hyp.R. S. 52. — Stobbe, Aufl. S. 242 ff.; Beseler S. 366.

[71] Das Preufs. R. forderte gerichtlichen oder notariellen Vertragsschlufs: Preufs. L.R. I, 10 § 15 ff. — Nach Bayr. R. ging seit Ges. v. 10. Nov. 1861 das Eigentum durch Tradition nur auf Grund eines notariellen Vertrages über, der zugleich das Recht auf Umschreibung begründet. — Nach Württemb. R. bedurfte es einer schriftlichen und bei gröfseren Grundstücken beglaubigten Vertragsurkunde, deren Insinuation bei der zuständigen Behörde Voraussetzung der Eintragung war; das Eigentum ging durch Tradition über, das eigentümliche Reurecht des württembergischen Rechtes aber erlosch auch durch die Insinuation.

Digitized by Google

eine richterliche Prüfung des zur Eintragung angemeldeten Erwerbsgrundes vorgeschrieben, andererseits bisweilen dem Eigentümer eine Verpflichtung auferlegt, die „Berichtigung des Besitztitels“ im Buche zu erwirken[72]. Als eigentliche Aufgabe der öffentlichen Bücher aber erschien nicht die Beurkundung der Eigentumsverhältnisse, sondern die für Dritte mafsgebende Feststellung der auf dem Grundstücke ruhenden Lasten, für deren Begründung daher die Eintragung zum wirksamen und mindestens im Falle vertragsmäfsiger Verpfändung zum allein wirksamen Mittel erhoben wurde[73].

Die Folge einer solchen Verlötung römischer und deutscher Grundsätze war eine Art von Verdoppelung des Eigentums. Das „wahre“ oder „materielle“ Eigentum geht auch ohne Eintragung durch Tradition auf Grund eines geeigneten Besitztitels über. Der uneingetragene Eigentümer kann, wenn er Besitzer ist, das Eigentum weiter übertragen. Dagegen kann er das Grundstück nicht verpfänden oder sonst buchmäfsig belasten. Umgekehrt kann, wer als Eigentümer eingetragen ist, ohne Eigentümer zu sein, das Grundstück zwar nicht veräufsern, wohl aber verpfänden und sonst buchmäfsig belasten. Ihm wird daher ein „formelles“ Eigentum oder „Bucheigentum“ zugeschrieben, das freilich in Wahrheit nur eine buchmäfsige Verfügungsmacht bedeutet.

3. Deutsches System. In einer Reihe von Land- und Stadtrechten erhielt sich ununterbrochen der deutschrechtliche Grundsatz, dafs die Übereignung durch gerichtliche Handlung erfolgt. Doch wurde auch hier das alte Recht mannigfach umgebildet und zum Teil durch fremdrechtliche Einflüsse verkümmert.

Zunächst wurden der Tradition, obschon sie die Kraft der Eigentumsübertragung nicht erlangte oder wieder einbüfste, bisweilen gleichwohl ihre sonstigen römischrechtlichen Wirkungen beigelegt oder belassen. So wurde namentlich im gemeinen Sachsenrechte dem titulierten Besitzer der publizianische Schutz

---

[72] So in Preufsen nach Hyp.O. v. 1783 T. II § 49 ff. u. L.R. I, 10 § 12 ff.; seit 1831 wurde indes die Zwangstitelberichtigung aufgegeben; Dernburg, Preufs. P.R. I § 199 — Im übrigen begnügte man sich mit dem mittelbaren Zwange durch die Nachteile der Nichteintragung.

[73] Davon später in § 156. Die Grundbücher sind hier also „Hypothekenbücher“ oder „Pfandbücher“; die Eintragung der Eigentumsverhältnisse erfolgte nach bayr., mecklenb. und älterem preufs. R. in eine Abteilung des Hypothekenbuchs, nach württemb. R. in besondere „Güterbücher“ (und „Vertragsbücher“).

Digitized by Google

gegen Dritte, die exceptio rei venditae et traditae gegen den vindizierenden Eigentümer und die Möglichkeit des Eigentumserwerbes durch Ersitzung gegeben. Die Folge war auch hier eine Art von Verdoppelung des Eigentums, wobei jedoch das wahre Eigentum mit dem formellen Eigentum oder sogenannten „dominium civile" zusammenfiel, während das ihm gegenübergestellte sogenannte „dominium naturale" nur ein als eigentumsähnliches Verhältnis behandelter Besitz war[74]. Meist blieben indes dem leiblichen Besitz solche mit dem öffentlichen Glauben der gerichtlichen Fertigung unvereinbare Wirkungen versagt, und die Eigentumsvermutung und die Rechtsverstärkung durch Zeitablauf hefteten sich vielmehr an den Bucheintrag[75].

Sodann erfuhr die gerichtliche Handlung selbst mancherlei Umbildungen. Zum Teil erhielt sich die gerichtliche Auflassung ohne nachfolgende Eintragung. So in Bremen in Gestalt einer richterlich bestätigten Übereignungserklärung[76], im gemeinen Sachsenrechte in Gestalt der durch Auflassung an den Richter und Lehnreichung seitens des Richters vollzogenen „Allodialinvestitur"[77]. Nach lübischem Recht, nach den Stadtrechten von Hamburg und von München, nach manchen hannoverschen und mecklenburgischen Stadtrechten und nach den Landrechten von Kurköln und von Jülich blieb die gerichtliche Auflassung mit nachfolgendem Bucheintrage das Mittel der Eigentumsübertragung[78]. Dagegen wurde

[74] Kursächs. Dezis. v. 1661 dec. 61, v. 1746 dec. 1; Haubold § 186 ff.; Heimbach § 186; Sachse, Weimar. P.R. § 284 ff.; Stobbe, Aufl. S. 232 ff.

[75] So in den hanseatischen Rechten. Im schärfsten Gegensatz zum Sachsenrecht stand die Ausbildung des „Tabularbesitzes" im österreichischen Recht; vgl. oben § 114 Anm. 16, § 116 Anm. 56 u. 86.

[76] Vgl. Post, Brem. P.R. III § 49. Auch nach der Erbe- und Handfesten-Ordnung v. 1833, revid. v. 30. Juli 1860, erfolgt die Übereignung durch die vor dem Erbe- und Handfesten-Amt vom Erwerber nachgesuchte und vom Veräußerer bewilligte „Lassung" mittels Protokollierung im Lassungsbuche unter Hinweis auf das Erbebuch; ein eigentlicher Grundbucheintrag findet nicht statt.

[77] Haubold, P.R. § 187; Curtius § 540 ff.; Heimbach § 187; Sachse § 284 ff.; Stobbe, Aufl. S. 214; Roth III 325.

[78] Revid. Lüb.R. III, 6 § 1—2; Hamb. Stadtr. II, 8 § 6; Münchener Stadtr. b. Auer S. CLIII u. Tinsch S. 7 ff.; Lüneburger Stadtr. II, 3; Mecklenb. Stadtr. b. Beseler, Z. f. D. R. X 109 ff.; Hannov. b. Leonhardt, Zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigentum, Hannover 1843, S. 41 ff., 57; Braunschw. b. Steinacker § 178; Holstein. b. Paulsen § 58; Kurköln. L.R. t. XII; Jülich-Berg. L.R. c. 97; Stobbe, Aufl. S. 228 ff. (Die in der Frankf. Reform. II t 3 I, 7 vorgeschriebene Auflassung sank zu einer bedeutungslosen

Digitized by Google

in Kurhessen und in Nassau die Kraft der gerichtlichen Auflassung in die gerichtliche Bestätigung des Veräufserungsvertrages verlegt[79]. Und in vielen Rechten verwandelte sich die Auflassung in eine blofse Eintragung des zum Grundbuche angemeldeten Veräufserungsvertrages[80].

Endlich ergaben sich mancherlei Unterschiede aus dem ungleichen Umfange, in dem das Erfordernis gerichtlicher Fertigung oder Eintragung auf die dingliche Belastung der Grundstücke erstreckt wurde[81].

4. Französisches System. In eigentümlicher Umgestaltung des germanischen Rechtes verlegte das französiche Recht die sachenrechtliche Kraft in den Vertragsschlufs und schrieb der Eintragung in öffentliche Bücher nur Beweiswirkungen zu[82]. Das Eigentum an Liegenschaften wird also durch den Vertragsschlufs übertragen[83]. Die Transskription in behördlich geführten Registern verschafft aber dem Erwerber die Legitimation zur Geltendmachung des Eigentums gegen Dritte[84]. Auch die Belastung von Liegen-

---

Förmlichkeit herab; Souchay, Anm. I 101 ff., 132). — Dabei war bald (wie in Hamburg, manchen Städten lübischen Rechts und einzelnen mecklenb. Städten) die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich, bald die Vorlage des Veräufserungsvertrages unerläfslich; vgl. Roth S. 324 Anm. 3.

[79] Kurh. V. v. 17. Jan. 1828 § 1; Nassau. Kontrakte-Ordn. v. 2. März 1774 § 22; Pfeiffer, Prakt. Ausf. I 155 ff.; Stobbe, Aufl. S. 226, 241; Beseler § 88 Anm. 22; Roth § 288 III.

[80] Dieses System galt bis zu seiner Ersetzung durch das landrechtliche System (oben Anm. 70) in den preufsischen Provinzen; so nach Edikt vom 28. Sept. 1692 für die Städte Cölln u. Berlin, Landr. des Königr. Preufsen v. 1721, Hyp.- u. Konk.O. v. 4. Febr. 1722, Schles. Hyp.O. v. 4. Aug. 1750; vgl. Dernburg, Preufs. P.R. I § 191. Ebenso galt es, seitdem im 17. Jahrh. die Eintragung in die Landtafeln nicht mehr durch persönliche Erklärungen der Parteien vor dem Landrecht bedingt war, in den Ländern der böhmischen Krone, wurde alsdann in den meisten anderen österreich. Kronländern eingeführt und vom Österr. Gb. übernommen; vgl. die oben Anm. 62 a. E. angef. Schriften. Dasselbe System legten die meisten deutschen Reformgesetze des 19. Jahrh. vor 1872 zugrunde; vgl. unten Anm. 90 ff.

[81] Hiervon später in § 119 Anm. 27—28 und bei den einzelnen Arten der dinglichen Rechte.

[82] Vgl. Zachariae-Crome I § 120, 122 II, 190 ff.; Roth III 49 ff., 315, 322 ff. — Über das französ. R. in der Schweiz Huber III 79 ff.

[83] Code civ. Art. 1583.

[84] Nach dem Code ist die Transskription nur im Falle der Schenkung und der fideikommissarischen Substitution zur Wirksamkeit gegen Dritte unbedingt erforderlich (Art. 938—941, 1069), sonst gewährt sie nur die Möglichkeit, die erworbene Liegenschaft von Unterpfändern zu befreien und die Inskription neuer Unterpfänder durch den Veräufserer zu hindern (Art. 2181,

Digitized by Google

schaften erfolgt durch blofsen Vertrag, während die Inskription in das dazu bestimmte Register nur erforderlich ist, um die Wirksamkeit und den Rang des erworbenen Rechtes gegen Dritte zu sichern[85].

Das französische System wurde von vornherein in Baden und im Laufe der Zeit überall in Deutschland starken Abwandlungen unterzogen, die es dem deutschen System näherten[86]. Insbesondere wurde vielfach in ähnlicher Weise, wie bei dem römisch-deutschen System, die Legitimation des Eigentümers durch den Bucheintrag zu einer sachenrechtlichen Verfügungsmacht im Sinne des „Bucheigentums" erweitert und die Entstehung gewisser dinglicher Rechte von der Eintragung abhängig gemacht[87]. Zum Teil wurde auch die Übereignungskraft des Veräufserungsvertrages an eine Form gebunden, die ihn einer Auflassung zum Grundbuche anähnelte[88].

VII. Neueste Entwicklung. Die Gesetzgebung des neunzehnten Jahrhunderts verhalf dem deutschen Rechtsgedanken mehr und mehr wieder zur Vorherrschaft und endlich zur Alleinherrschaft.

Wo das deutsche System sich behauptet hatte, wurde es durchweg festgehalten, vielfach aber neu geordnet. In unmittelbarer Anknüpfung an die in den einzelnen Kronländern bestehenden Einrichtungen gründete das österreichische Gesetzbuch allen Erwerb von Eigentum und dinglichen Rechten an Liegenschaften auf die Intabulation[89]. Wesentlich an das alte Recht schlofs sich auch

Code de procéd. Art. 834). Das Transskriptionsgesetz v. 23. März 1855 hat aber allgemein die Wirksamkeit des Eigentumserwerbes gegen Dritte von der Transskription abhängig gemacht.

[85] So auch bei den Konventionalhypotheken; Code civ. Art. 2106, 2114. Eine Einwirkung des Eintrags auf das materielle Recht begegnet nur in Art. 2198.

[86] Bad. L.R. Art. 1583a; dazu Einf.-Ed. v. 1809 u. spätere Gesetze, bes. v. 5. Juni 1860, 23. Apr. 1868 u. 29. März 1890. Rheinhess. Ges. v. 1824, 1830 u. 1878, sodann v. 6. Juni 1879 u. 10. Mai 1893. Rheinbayr. Hyp.Ges. v. 26. Apr. 1888. Elsafs-Lothring. Ges. v. 24. Juli 1889 u. 22. Juni 1891. Preufs. Ges. f. die Rheinprovinz v. 25. März 1885 (beseitigt durch die Einführung des deutschen Systems seit 1888). — Vgl. M. Scherer, Der Erwerb von Eigentum und dinglichen Rechten an Grundstücken und die Änderungen im Hypothekenrecht nach heutigem rhein. u. französ. R., Mannheim 1887.

[87] So in Baden; Behaghel § 82, Roth III 51, 52 ff. u. 323.

[88] So in der Rheinprovinz durch das Ges. v. 1885 und in Elsafs-Lothringen durch das Ges. v. 1889 (notarieller Vertrag und Verpflichtung des Notars zur Herbeiführung der Umschreibung).

[89] Österr. Gb. § 431 ff., 451 ff., 481; ausgebaut durch das Grundbuchges. v. 25. Juli 1871. Vgl. oben Anm. 62 u. 80; Strohal, Zur Lehre vom Eigentum an Immobilien, Graz 1876; Krainz 1 § 220 ff.; Randa, Eigent. 1 § 19 ff.

Digitized by Google

die neuere Gesetzgebung der Hansestädte an[90]. Ebenso wurde auf Grund des einheimischen Rechts in Mecklenburg das System der Auflassung und Eintragung allgemein für städtische und bäuerliche Güter durchgeführt[91]. Im Königreich Sachsen und den meisten sächsisch-thüringischen Staaten wurde das gemeine Sachsenrecht unter Abschaffung der Allodialinvestitur im Sinne des Grundbuchrechts umgestaltet[92], in einigen sächsisch-thüringischen Staaten auf andere Weise fortgebildet[93]. Wo das römische System galt, begnügte man sich vielfach mit der Herstellung eines gemischten Systems, wo das römisch-deutsche oder das französische System herrschte, mit der Verstärkung der deutschrechtlichen Bestandteile[94]. In manchen Ländern dieser Gruppe aber ging man vollständig zum deutschen System über[95]. Ähnlich, wie in Deutschland, wurde auch in der Schweiz das deutsche Recht durch die Gesetzgebung in erheblichem Umfange befestigt, fortgebildet oder erneut[96].

---

[90] Lüb. Stadtbuch-O. v. 6 Juni 1818 u. Hyp.O. v. 5. Mai 1880. Hamburg. Ges. v. 4. Dez. 1868. Über Bremen vgl. oben Anm. 76.

[91] Mecklenb. Stadtbuch-O. v. 22. Dez. 1829 (in Strelitz am 6. Jan. 1830 publiziert), Wismar. v. 23. Febr. 1838; vgl. Beseler, Z. f. D. R. X 113 ff. Revid. Stadtbuch-O. v. 21. Dez. 1857. — Domanial-Hyp.O. v. 2. Jan. 1854.

[92] Kgl. Sächs. Ges. vom 6. Nov. 1843, Sächs. Gb. § 276 ff., 387 ff., 506 ff. Ähnlich Ges. v. 13. Okt. 1852 f. Altenburg, v. 20. Nov. 1858 f. Reuſs j. L., v. 9. Juni 1859 f. Gotha, v. 24. Mai 1860 f. Koburg, v. 27. Febr. 1873 f. Reuſs ä. L.

[93] Weimar. Ges. v. 20. Apr. 1833 (Eigentumsübergang durch gerichtliche Vertragsbestätigung); Ges. f. Schwarzburg-Sondershausen v. 10. März 1852 u. Rudolstadt v. 6. Juni 1856 (Übereignung durch Zustellung einer gerichtlichen Urkunde); Meining. Ges. v. 15. Juli 1862 (Eigentumsübergang durch gerichtliche Anerkennung des Veräuſserungsvertrages, mit der aber stets Eintragung verbunden ist).

[94] So in Bayern; Hyp.Ges. v. 1. Juni 1822 nebst Novelle v. 29. Mai 1886, Notar.Ges. v. 10. Nov. 1861. In Württemberg; Ges. v. 19. Juni 1808, Pfandges. v. 15. Apr. 1825 nebst Pfandentwicklungs-Ges. v. 21. Mai 1828, Ges. v. 23. Juni 1858, Ges. v. 13. Apr. 1873. In Mecklenburg für Landgüter; rittersch. Hyp.O. v. 18. Okt. 1848, auch rev. Hyp.O. f. Klostergüter v. 8. Dez. 1852. Vgl. oben Anm. 70—73. Ferner in den Gebieten des französ. R.; oben Anm. 86. Vgl. auch Oldenburg. Hyp.O. v. 11. Okt. 1814; Braunschw. Ges. v. 19. März 1850; Hannov. Hyp.O. v. 14. Dez. 1864.

[95] So in Hessen-Darmstadt durch Ges. v. 21. Febr. 1852 u. 15. Sept. 1858; in Neuvorpommern u. Rügen durch Ges. v. 21. März 1868; im Bezirk von Ehrenbreitenstein durch Ges. v. 2. Febr. 1864. Vgl. auch Nassau. Stockbuch-Ges. v. 15. Mai 1854 u. Pfand- u. Prioritäts-Ges. vom gleichen Tage.

[96] Vgl. v. Wyſs, Z. f. Schweiz. R. XVIII, 2 S. 91 ff., XIX 4 ff.; Huber III 47 ff. (Fertigungssystem) u. 87 ff. (Grundbuchsystem). — Volles Grundbuchrecht will der Schweiz. Entw. § 984—1019 einführen.

Digitized by Google

Den für die Zukunft entscheidenden Schritt tat Preufsen durch die Gesetzgebung vom 5. Mai 1872[97]. An die Stelle des landrechtlichen Systems trat hiermit für dessen Gebiet das rein deutsche System in neuer Ausgestaltung, bei der im Gegensatz zu den meisten älteren Reformgesetzen die Selbständigkeit des dinglichen Vertrages wiederum zur Geltung kam. Die preufsische Gesetzgebung wurde allmählich nicht nur im ganzen Staatsgebiet (aufser Nassau und Helgoland) mit einzelnen Änderungen eingeführt[98], sondern auch in manchen anderen deutschen Staaten nachgebildet[99]. Sie wurde endlich die Grundlage für die Ordnung des Liegenschaftsverkehrs im neuen bürgerlichen Recht[100].

Im Folgenden ist das geltende deutsche Grundbuchrecht unter Hinweis auf die wichtigsten Veränderungen, die der

[97] Ges. über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke u. selbständigen Gerechtigkeiten v. 5. Mai 1872; Grundbuchordnung v. 5. Mai 1872. Vgl. Bahlmann, Das preufsische Grundbuchrecht, 3. Aufl., 1880; Achilles, Die preufsischen Gesetze über Grundeigentum u. Hypothekenrecht, 4. Aufl., 1894; Turnau, Die Grundbuchordnung, 2 Bde., 5. Aufl. 1892; Dernburg u. Hinrichs, Das Preufsische Hypothekenrecht, 2 Bde., 1877 u. 1891; Dernburg, Preuſs. P.R. I § 190 ff.

[98] Ges. f. Neuvorpommern und Rügen v. 26., f. Schleswig-Holstein v. 27., f. Hannover v. 28., f. Kassel v. 29., f. Ehrenbreitenstein v. 30., f. Hohenzollern v. 31. Mai 1873; f. die Rheinprovinz v. 12. Apr. 1888 u. 18. Juli 1896; f. Frankfurt a. M., Landgrafschaft Hessen u. ehemals Hessen-Darmstädt. Landesteile v. 19. Aug. 1895; f. Lauenburg v. 8. Juni 1896.

[99] Ges. f. Oldenburg v. 3. Apr. 1876 (Birkenfeld 23. März 1891), Koburg-Gotha v. 1. März 1877, Anhalt v. 1. März 1877, Braunschweig v. 8. März 1878, Waldeck v. 25. Jan. 1881, Lippe v. 27. Juli 1882, Schwarzburg-Sondersh. v. 2. Aug. 1882, Schaumburg-Lippe v. 26. Aug. 1884.

[100] B.G.B. § 873—902: Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken; Grundbuchordnung für das Deutsche Reich v. 24. März 1897. Dazu die A.G. zum B.G.B. und meist besondere A.G. zur Grdb.O., sowie die auf Grund reichsgesetzlicher Ermächtigung erlassenen landesherrlichen Verordnungen und Anordnungen der einzelstaatlichen Justizverwaltungen. — Vgl. Lehrb. des b. R. v. Cosack II § 171 ff., Endemann II § 47 ff., Dernburg III § 33 ff., Lehmann (b. Enneccerus u. Lehmann) II § 28 ff.; Komm. zu B.G.B. § 873 ff. von Planck, Biermann, Kober u. A.; Best, Das Grundbuch- u. Hypothekenrecht des neuen B.G.B., 1896; Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über Rechte an Grundstücken, 1898; Männer, Das Recht der Grundstücke nach dem B.G.B. und der Grdb.O., 1899; Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deut. Reichsges. u. den preuſs. Ausführungsbest., 1900 u. 1901, Bd. I 2. Aufl. 1902; Böhm, Das materielle u. formelle Grundbuchrecht, 1898; E. Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I (Materielles Grundbuchrecht), 1902, Bd. II (Formelles Grundbuchrecht), 1902 ff.; Förster,

Digitized by Google

bisherige Rechtszustand mit seinen mancherlei grundsätzlichen Ungleichheiten erfahren hat, darzustellen [101].

§ 118. Die Grundbücher.

I. Anlegung. Das neue Liegenschaftsrecht setzt das Dasein einheitlicher, den Vorschriften der Reichsgrundbuchordnung entsprechender Grundbücher voraus. Die einzelnen Staaten sind daher zur Anlegung solcher Grundbücher verpflichtet. Das Verfahren bei der Anlegung wird durch landesherrliche Verordnung bestimmt [1]. Durch landesherrliche Verordnung wird auch der Zeitpunkt festgesetzt, in dem für einen Bezirk das Grundbuch als angelegt anzusehen ist [2]. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt in Ansehung solcher dinglichen Rechtsänderungen, die nach dem B.G.B. durch Grundbucheintrag vermittelt werden, das bisherige Recht in Kraft [3].

Die Anlegung des Grundbuchs ist dadurch erleichtert, dafs

Handbuch des formellen Grundbuchrechts, 1900; Komm. zur Grdb.O. v. Predari, 1900 ff., Achilles u. Strecker, 1901.

[101] Über das bisherige Recht vgl. aufser den oben in Anm. 70, 83—99 angef. Gesetzen und Schriften die unten zu § 156 in Anm. 44—56 angegebene Lit. über das Hypothekenrecht und die Übersichten b. Roth, D.P.R. III 5 ff., u. Lehmann in Stobbes Handb. II 91 ff. (tabellarische S. 104—167).

[1] E.G. zum B.G.B. Art. 186. Die ergangenen Verordnungen sind aufgezählt b. Niedner zu Art. 186, Fischer u. Henle zu Art. 186, Fuchs II 1 ff. — Auch das Verfahren behufs Wiederherstellung zerstörter oder abhanden gekommener Grundbücher wird durch landesherrliche Verordnung bestimmt; die Verordnung kann auch für die Zwischenzeit einen Ersatz für die Eintragung beschaffen; Grdb.O. § 92.

[2] Die Festsetzung des Zeitpunkts für einen Bezirk wirkt auch für die noch nicht gebuchten Grundstücke des Bezirks; doch kann für jedes einzelne Grundstück das Gegenteil bestimmt und damit der Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts weiter hinausgeschoben werden; E.G. Art. 186 Abs. 2 und Komm. v. Planck, Niedner, Wagner.

[3] E.G. Art. 186. Doch können Rechte, die das B.G.B. nicht zuläfst, nicht mehr begründet werden. Andererseits richtet sich die Aufhebung von Rechten, mit denen ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück zur Zeit der Grundbuchanlegung belastet ist, auch nachher so lange, als das Recht nicht eingetragen ist, nach bisherigem Recht. — Zum Teil haben die A.G. einzelne Vorschriften des B.G.B. schon für die Zwischenzeit in Kraft gesetzt. Allgemein ist in Elsafs-Lothringen das neue Liegenschaftsrecht in der erforderlichen Anpassung an das bisherige Buchsystem in der Weise für anwendbar erklärt, dafs das Eigentumsbuch an Stelle des Grundbuchs tritt, jedoch namentlich die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs suspendiert bleiben; A.G. z. B.G.B. § 86—116. Ausführliche Übergangsbestimmungen auch im Bremer A.G. z. B.G.B. § 31—44.

Digitized by Google

durch landesherrliche Verordnung ein bisher geführtes Buch oder mehrere bisher geführte Bücher für sich allein oder zusammen mit einem neuen Buch oder mehreren neuen Büchern zum Grundbuch erhoben werden können[4]. Im gröfsten Teil Deutschlands ist demgemäfs die Anlegung des Grundbuchs bereits mit dem 1. Januar 1900 oder bald darauf durch Anpassung der bisher geführten Bücher an das neue Recht erfolgt. So vor allem da, wo es schon bisher einheitliche Grundbücher gab[5]. Vielfach aber auch da, wo bisher getrennte Eigentums- und Hypothekenbücher oder überhaupt nur Hypothekenbücher geführt wurden[6]. Dagegen ist in manchen Ländern die Anlegung ganz neuer Grundbücher angeordnet und erst zum Teil vollzogen[7].

---

[4] Grdb.O. § 87; doch muß nach § 88, wenn mehrere Bücher geführt werden, eines als Hauptbuch eingerichtet sein, in dem jedes Grundstück eine besondere Stelle hat, an der auf die in den anderen Büchern befindlichen Eintragungen verwiesen wird.

[5] So sind in Preußen außer Nassau und Helgoland, in Sachsen, Oldenburg, Braunschweig, Meiningen, Altenburg, Koburg-Gotha, Anhalt, Waldeck, den beiden Reuß und Lippe die bisherigen Grundbücher mit dem 1. Januar 1900 zu Grundbüchern des neuen Rechts geworden. In einzelnen Bezirken Preußens (bes. der Rheinprovinz) ist jedoch das Grundbuch erst später und teilweise noch jetzt nicht für angelegt erklärt. In Lübeck sind seit dem 1. Juni 1900 die bisherigen Stadtbücher zu Grundbüchern erhoben. In Mecklenburg sind zu verschiedenen Zeitpunkten die vorhandenen Grundbücher oder Stadtbücher für Grundbücher des neuen Rechts erklärt.

[6] So ist in Württemberg schon seit dem 1. Jan. 1900 das Grundbuch durch Verbindung der Güter-, Servituten- und Unterpfandsbücher (für den standesherrlichen und ritterschaftlichen Adel der Güterbücher und Unterpfandshefte) angelegt; V. v. 30. Juli 1899 § 1—2. Ebenso in Meiningen durch Verbindung der Grund- und Hypothekenbücher mit dem zum Hauptbuch erhobenen Realregister; V. v. 16. Dez. 1899 § 1. In Hamburg seit dem 1. Febr. 1900 durch Verbindung der Erbebücher und Rentenbücher mit dem Hauptbuch (auf dem Lande durch Verbindung der dort geführten Bücher, in Ritzebüttel durch Anpassung des Hypothekenbuchs); G. v. 14. Juli 1899. — Zu verschiedenen Zeiten ist auch bereits in einzelnen Bezirken die Anlegung des Grundbuchs im rechtsrheinischen Bayern durch Umbildung der Hypothekenbücher (in München zusammen mit dem Grundbuch) erfolgt (V. v. 23. Juli 1898); ebenso in Baden auf Grund der Vereinigung der Grund- und Hypothekenbücher (G. v. 14. April 1898), in beiden Mecklenburg für die Rittergüter durch Umbildung der Hypothekenbücher (A.V. zur Grdb.O. § 24 ff.), in Schaumburg-Lippe (V. v. 2. Dez. 1899).

[7] So in Preußen für Nassau (V. v. 11. Dez. 1899) und Helgoland (V. v. 10. April 1900); in Bayern für die Pfalz (V. v. 28. Aug. 1898); in Hessen (V. v. 13. Jan. 1900), wo für zahlreiche Gemarkungen die Anlegung bereits vollendet ist; in Bremen (V. v. 19. Dez. 1899); in Elsaß-Lothringen (V. v. 18. April 1900).

Digitized by Google

II. Grundbuchämter. Die Grundbücher werden von Grundbuchämtern geführt, deren Bildung dem Landesrecht überlassen ist. Meist fungieren die Amtsgerichte, in einigen Staaten aber auch besondere staatliche, kommunale oder körperschaftliche Behörden als Grundbuchämter[8].

III. Öffentlichkeit. Die Grundbücher sind öffentlich. Nach Reichsrecht kann Jedermann insoweit, als er ein berechtigtes Interesse darlegt, Gestattung der Einsicht und Erteilung einer auf Wunsch zu beglaubigenden Abschrift verlangen[9]. Die Landesjustizverwaltung kann die Beschränkung der Öffentlichkeit aufheben oder ermäfsigen[10]. Die Öffentlichkeit erstreckt sich notwendig auf solche vom Grundbuchamt aufbewahrte Urkunden, auf die im Grundbuch zur Ergänzung einer Eintragung Bezug genommen ist, und auf die noch nicht erledigten Eintragungsanträge[11]. Werden Grundakten geführt, so kann die Öffentlichkeit auf deren ganzen Inhalt ausgedehnt werden[12].

---

[8] Grdb.O. § 1 Abs. 1, § 101—102. In Württemberg sind besondere staatliche Grundbuchämter, denen die Bezirksnotare oder im Bedürfnisfall andere beauftragte Geschäftsmänner vorstehen, gebildet; in den Städten, in denen ein Amtsgericht seinen Sitz hat, kann dieses zum Grundbuchamt bestellt werden; für die standesherrlichen und ritterschaftlichen Güter fungieren die Amtsgerichte als Grundbuchämter; A.G. z. B.G.B. Art. 1, 3, 14. In Baden sind regelmäfsig besondere staatliche Grundbuchämter, denen die Notare vorstehen, tätig; statt ihrer können für Städte, in denen ein Amtsgericht seinen Sitz hat, die Amtsgerichte, in Gemeinden aber mit mehr als 10000 Einwohnern durch Gemeindebeschlufs errichtete Gemeindeämter zu Grundbuchämtern bestellt werden; A.G. z. Grdb.O. § 1—3. In Mecklenburg finden sich neben den Amtsgerichten besondere staatliche Grundbuchämter für Rittergüter, städtische Grundbuchämter, und in Schwerin die Klosteramtsgerichte für das Gebiet der drei Landesklöster; A.V. z. B.G.B. § 63—65, Strelitz § 61—62. — Dagegen sind oder werden das Hypothekenamt in Lübeck, das Erbe- und Handfestenamt in Bremen, das Stadt- und das Landhypothekenbureau in Hamburg, die Hypothekenämter in Rheinbayern und Rheinhessen und die Gemeindehypothekenämter in Hessen und Nassau durch die Amtsgerichte ersetzt.

[9] Grdb.O. § 11. Ähnlich bisher nach Preuſs. Grdb.O. § 19, 120, Bayr. Hyp.-Ges. § 24, 116, Sächs. V. v. 9. Jan. 1865 § 96—97, Württ. Pfandges. Art. 61—63, Meckl. Hyp.O. v. 1848 § 39 ff. u. revid. Stadtb.O. § 47, usw.

[10] Grdb.O. § 93. Unbedingte Öffentlichkeit besteht in Lübeck (wie bisher nach Grdb.O. v. 1880 § 18) und Hamburg (wie bisher nach Ges. v. 1868 § 5). Sonst sind meist nur öffentliche Behörden vom Nachweis eines Interesses befreit. — Unbedingte Öffentlichkeit gilt nach Österr. Ges. v. 1871 § 7 u. Code civ. Art. 2196.

[11] Grdb.O. § 11 u. 93. Für die nach § 9 gleichfalls aufzubewahrenden Urkunden, die der Eintragung zugrunde liegen, gilt dies nicht.

[12] Grdb.O. § 94. Die Führung von Grundakten ist meist angeordnet,

Digitized by Google

IV. Buchungsgegenstände. Gegenstände der Buchung sind sämtliche Grundstücke und die den Grundstücken gleichgestellten Gerechtigkeiten [13]. Die Grundstücke werden von Amts wegen gebucht. Doch können durch landesherrliche Verordnung Grundstücke des Reichs, eines Einzelstaats oder anderer juristischer Personen, öffentliche Wege und Gewässer und die einem Bahnunternehmen, das dem öffentlichen Verkehr dient, gewidmeten Grundstücke, sowie die Grundstücke, die einem Landesherrn oder zum Hausgut einer landesherrlichen Familie gehören, vom Buchungszwange befreit werden [14]. Befreite Grundstücke werden nur auf Antrag gebucht; auch werden gebuchte Grundstücke, wenn die Voraussetzungen der Buchungsfreiheit eintreten und ihr Grundbuchblatt keine das Recht des Eigentümers beschränkende Eintragung aufweist, auf Antrag aus dem Grundbuch wieder ausgeschieden [15]. An den befreiten Grundstücken können, so lange sie nicht gebucht sind, die durch Eintragung bedingten Rechtsänderungen nicht zustande kommen; nur für die Übertragung des Eigentums auf eine Person, in deren Hand das Grundstück befreit bleibt, und für die Begründung und Aufhebung von Dienstbarkeiten kann das Landesrecht einen vom Grundbuch unabhängigen Weg erschliefsen [16].

---

auch ist meist die Öffentlichkeit auf die ganzen Grundakten und damit auf alle aufbewahrten Urkunden erstreckt; vgl. Preufs. A.V. § 36.

[13] Nach Reichsrecht das Erbbaurecht (Grdb.O. § 7), nach Landesrecht das Bergwerkseigentum und die übrigen oben § 101 Anm. 48 angef. Gerechtigkeiten. Dazu die Bahneinheiten, oben § 104 Anm. 43.

[14] Grdb.O. § 90 Abs. 1. Grundstücke aller aufgeführten Kategorien sind z. B. befreit durch die Bayr. V. v. 1. Juli 1898, die Bad. V. v. 22. Okt. 1897 § 1—7, die A.V. z. Grdb.O. f. Württ. § 4, beide Meckl. § 34, Oldenb. § 3, Braunschw. § 1; Grundstücke aller aufgeführten Kategorien mit Ausnahme landesherrlicher und zum Hausgut gehöriger Grundstücke durch die A.V. z. Grdb.O. f. Preufsen Art. 1 (nicht aber f. Nassau Art. 2), Waldeck Art. 1, Reufs ä. L. § 5, Bremen § 29, A.G. z. Grdb.O. f. Lübeck § 10, Hamb. § 18, Ges. f. Elsafs-Lothr. v. 1. Dez. 1899; nur Gemeindegrundstücke und öffentliche Sachen durch Sächs. A.G. z. Grdb.O. § 5. — Zu den juristischen Personen, deren Grundstücke befreit sind, gehören regelmäfsig die Gemeinden jeder Ordnung, Kirchen und Schulen, oft auch Klöster, öffentliche Anstalten und öffentliche Stiftungen, in Mecklenburg die Ritter- und Landschaft, in Elsafs-Lothringen die Wassergenossenschaften, in Braunschweig und Hamburg auch die Realgemeinden.

[15] Grdb.O. § 90 Abs. 2.

[16] E.G. z. B.G.B. Art. 127 u. 128. Die meisten A.G. z. Grdb.O. haben das für die Übereignung, viele (aber nicht das Preufs., Bad., Wald., Brem. u. Elsafs-Lothr.) auch für die Belastung mit Dienstbarkeiten getan; dagegen ist

Digitized by Google

V. Grundbuchbezirke. Die Grundbücher sind für Bezirke einzurichten[17]. Doch kann durch landesherrliche Verordnung die Führung besonderer Grundbücher für gewisse Gattungen von Grundstücken angeordnet werden[18]. Überdies begegnen besondere Berggrundbücher[19] und Bahngrundbücher[20].

VI. Verbindung mit den Flurbüchern. Die Grundstücke sind in den Grundbüchern nach einem amtlichen Verzeichnis (Flurbuch, Lagerbuch, Steuerbuch, Kataster) zu bezeichnen, dessen Einrichtung durch landesherrliche Verordnung bestimmt wird[21]. Durch die Verbindung zwischen Grundbüchern und Flurbüchern soll erzielt werden, dafs die buchmäfsige Individualisierung der Grundstücke nach Möglichkeit deren wirkliche Lage und Gröfse zum Ausdruck bringt; doch erlangen die Angaben des Flurbuchs durch Aufnahme in das Grundbuch keinen Anteil am öffentlichen Glauben des Buches[22].

VII. Grundbuchblätter. Die Stelle, an der im Grundbuch ein Grundstück oder ein grundstücksgleiches Recht verzeichnet ist, heifst dessen Grundbuchblatt und ist für dasselbe das Grundbuch. In Übereinstimmung mit dem im bisherigen Recht überwiegenden System der „Realfolien" geht das Reichsrecht davon aus, dafs regelmäfsig jedes Grundstück sein besonderes Grundbuchblatt erhält[23]. Wie aber schon bisher in Gegenden mit stark

---

in Sachsen und Hamburg bei jeder Veräufserung von Amts wegen ein Grundbuchblatt anzulegen, während die Belastung mit einer Dienstbarkeit ohne Buchung möglich bleibt.

[17] Grdb.O. § 2 Abs. 1.

[18] Grdb.O. § 85. Besondere Grundbücher bestehen z. B. in Preufsen für die Hauberge (oben Bd. I 613), in Württemberg für die standesherrlichen und ritterschaftlichen Güter (V. v. 30. Juni 1899 § 2), in Baden für die Stammgüter (A.G. z. Grdb.O. § 10), in Mecklenburg für die ritterschaftlichen Güter (A.V. z. Grdb.O. § 22—23).

[19] So in Preußen (Min.Verf. v. 20. Nov. 1899 § 23), Baden (A.G. § 9), Meiningen (A.V. Art. 5), Elsafs-Lothringen (V. § 30) usw.

[20] So in Preußen (Min.Verf. v. 20. Nov. 1899 § 45) und in Baden (A.G. § 11).

[21] Grdb.O. § 2 Abs. 2, § 89. Vgl. über die preuß. Katastereinrichtung Dernburg III § 39, Förster § 11, Fuchs II 48 ff. Sächs. A.V. z. Grdb.O. § 2, 13—15, 44, 48. Bad. A.V. v. 13. Dez. 1900 § 1 (Lagerbuch). Meckl. A.V. z. Grdb.O. § 1—21 (Einrichtung der Flurbücher). Brem. V. v. 19. Dez. 1899 § 1—8 (Einrichtung und Führung der Flurbücher).

[22] Dernburg III § 47 Z. 2, Förster S. 52, Turnau-Förster zu § 892 Bem. II, Kober zu § 892 Bem. B 2; Denkschr. zu Grdb.O. S. 16; Rechtspr. der O.L.G. V 1. — A. M. Biermann zu § 893 Bem. 2, Fuchs I 155 ff., Th. Wolff b. Gruchot XLV 765 ff., R.Ger. XLVII Nr. 68.

[23] Grdb.O. § 3.

Digitized by Google

zersplittertem Grundbesitz das System der „Personalfolien" galt[24], so kann auch heute über mehrere Grundstücke desselben Eigentümers, so lange hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist, ein gemeinsames Grundbuchblatt geführt werden[25].

Durchaus dem Landesrecht überlassen bleibt die innere Einrichtung der einzelnen Grundbuchblätter[26]. In Preufsen zerfallen die alten Grundbuchblätter in einen Titel und drei Abteilungen; wird ein Realfolium geführt, so ist der Titel für die Grundstücksbeschreibung und die Änderungen im Grundstücksbestande, die erste Abteilung für die Bezeichnung des Eigentümers und die Eigentumsveränderungen, die zweite Abteilung für die dinglichen Lasten mit Ausnahme der Hypotheken und Grundschulden und für die Eigentums- und Verfügungsbeschränkungen, die dritte Abteilung für die Hypotheken und Grundschulden bestimmt; ist ein Personalfolium (Artikel) eingerichtet, so enthält der Titel die Bezeichnung des Eigentümers, während die Grundstücksbeschreibungen nebst Ab- und Zuschreibungen in die erste Abteilung verwiesen sind[27]. Für neu angelegte Grundbuchblätter dagegen gilt ein einheitliches Formular, das sich an das alte Realfolium anschliefst, jedoch zugleich als Personalfolium zu dienen vermag; an die Stelle des Titels tritt eine Aufschrift und ein Bestandsverzeichnis, das wieder in das Grundstücksverzeichnis und das Verzeichnis der Realrechte zerfällt; das Grundstücksverzeichnis kann unter verschiedenen Nummern

---

[24] In Preufsen, Weimar, Meiningen, Schaumburg-Lippe, beiden Schwarzburg, Waldeck, Birkenfeld fakultativ, in Württemberg, Elsafs-Lothringen und für die Stockbücher in Nassau ausschliefslich.

[25] Grdb.O. § 4. Die Grundstücke müssen im Bezirk desselben Grundbuchamts liegen; durch landesherrliche Verordnung können aber nach § 86 Ausnahmen zugelassen werden (in Preufsen durch A.V. z. Grdb.O. Art. 37 für mehrere zu einem Familienfideikommifs gehörige Grundstücke geschehen). Gemeinsame Personalfolien für Ehegatten und für Eltern und Kinder, wie sie bisher in Württemberg und Nassau zulässig waren, dürfen nicht mehr angelegt werden, stehen aber der Erhebung des Buchs zum Grundbuch nicht entgegen; Grdb.O. § 87 S. 2.

[26] Anordnungen darüber bedürfen weder der Gesetzes- noch der Verordnungsform, können vielmehr von der Landesjustizverwaltung getroffen werden.

[27] Die Preufs. Grdb.O. § 6 ff. schreibt für das regelmäfsige Realfolium das Formular I, für den auf Antrag erteilten Artikel das Formular II vor; für Bergwerke mit unbeweglichen Anteilen ein besonderes Formular III. Für Bahngrundbücher gilt nach G. v. 1895 § 10 ff. das Formular I mit einigen Abänderungen hinsichtlich des Titels.

Digitized by Google

mehrere demselben Eigentümer gehörigen Grundstücke aufnehmen und neben den Bestandsveränderungen eines einzelnen Grundstücks den Hinzutritt oder das Ausscheiden ganzer Grundstücke bekunden; die drei Abteilungen entsprechen im wesentlichen denen des alten Realfoliums, so dafs die erste für die Eigentumsverhältnisse, die zweite für die dinglichen Lasten und Beschränkungen, die dritte für die Grundpfandrechte bestimmt ist[28]. Ähnlich sind die Grundbuchblätter in vielen anderen Ländern eingerichtet[29]. In manchen Gebieten aber haben sie die Form echter Personalfolien, so dafs der Titel den Eigentümer nennt, die Grundstücksbezeichnung dagegen in der ersten Abteilung erfolgt[30]. Anderswo wird umgekehrt streng am Realfolium festgehalten[31]. So in Sachsen, wo die Einrichtung des Grundbuchblattes, das hier in die drei Abteilungen der Sache, des Eigentümers und der Lasten zerfällt, überdies von der preufsischen darin abweicht, dafs die Grundpfandrechte mit den meisten anderen begrenzten dinglichen Rechten in derselben Abteilung erscheinen[32].

---

[28] Allg. Verf. z. Ausf. der Grdb.O. v. 20. Nov. 1899 § 5 ff. Das Verzeichnis der Grundstücke enthält 14, das Verzeichnis der Realrechte 4 Spalten; Abt. I 4 (bisher 3) Spalten; Abt. II 8 (bisher 3) Spalten; Abt. III 11 Spalten. Das Formular gilt auch für Anerbengüter; doch erhält jedes Anerbengut stets ein besonderes Grundbuchblatt (§ 21). Ebenso gilt es für Bergwerke und andere Gerechtigkeiten (§ 22); für Bergwerke mit unbeweglichen Kuxen jedoch bleibt das bisherige Formular III mit einigen Änderungen mafsgebend (§ 25). Unverändert bleibt die Einrichtung der besonderen Grundbücher für Hauberge (§ 44) und der Bahngrundbücher (§ 45).

[29] Die Bad. V. v. 18. Febr. 1901 ordnet „Grundbuchhefte“ an, die ganz dem neuen preufs. Formular entsprechen; der Regel nach werden „Gemeinschaftshefte“, ausnahmsweise „Einzelhefte“ (oder für denselben Eigentümer mehrere Gemeinschaftshefte) geführt. Die Brem. V. v. 19. Dez. 1899 schreibt als Regel ein reines Realfolium mit Grundstücksbeschreibung und 3 Abteilungen vor (§ 8 ff.), sieht aber daneben gemeinschaftliche Grundbuchblätter vor (§ 22—27).

[30] So in Bayern, wo jedes Grundbuchblatt auf dem Titel den Eigentümer, in Abt. I die Grundstücke, in Abt. II die Lasten, Verfügungsbeschränkungen und Ablösungsrechte, in Abt. III die Grundpfandrechte angibt; Fuchs II 40 ff. Ähnlich in Württemb. nach J.M.V. v. 2. Sept. 1899, wo jedoch daneben (für Bergwerke und selbständige Gerechtigkeiten ausschließlich) ein Realformular in Gebrauch ist. Vgl. auch Hess. V. v. 13. Jan. 1900 § 2.

[31] Die A.V. z. Grdb.O. f. Sachsen § 6, f. Altenburg § 4, f. Reufs. ä. L. § 6 bestimmen ausdrücklich, dafs die Führung eines gemeinschaftlichen Grundbuchblattes nicht stattfindet.

[32] Sächs. A.V. zur Grdb.O. v. 26. Juli 1899 § 36 ff. In der Abteilung der Sache werden abweichend vom preufs. R. auch die rechtliche Eigenschaft des

Digitized by Google

Die **Anlegung eines neuen Grundbuchblattes** kann erforderlich werden, wenn ein bisher nicht gebuchtes Grundstück nachträglich gebucht wird[33]; wenn durch Vereinigung oder Abzweigung ein neues Grundstück entsteht, das auf keinem bisherigen Grundbuchblatt Platz findet[34]; wenn eine selbständige Gerechtigkeit gebucht werden soll[35].

Die **Schliefsung eines Grundbuchblattes** erfolgt, wenn es durch Ausscheiden oder Abschreiben des ganzen auf ihm verzeichneten Grundstücks oder aller auf ihm verzeichneten Grund-

---

Grundstücks als Familienanwartschaft oder Lehngut und eine etwaige bergrechtliche Gebundenheit desselben, in der Abteilung des Eigentümers auch die Vorkaufsrechte, in der Abteilung der Lasten Erbbaurechte, Abbaurechte, Dienstbarkeiten, Reallasten und Grundpfandrechte eingetragen. Die sächs. Einrichtung besteht auch in Altenburg, Koburg-Gotha und beiden Reufs. In ähnlicher Weise zerfällt in Österreich das Realfolium (Einlage) in das Gutsbestandsblatt, das Eigentumsbestandsblatt und das Lastenblatt; Randa, Eigent. § 20, Exner, Hyp.R. § 17 ff.

[33] Sei es ein buchungsfreies Grundstück infolge Antrags (oben Anm. 14—15), sei es ein bei der Anlegung des Grundbuches noch nicht gebuchtes buchungspflichtiges Grundstück (oben Anm. 2) von Amts wegen. Das Verfahren wird durch landesherrliche Verordnung bestimmt; Grdb.O. § 91. Vgl. z. B. Preufs. A.G. z. Grdb.O. Art. 15—33.

[34] Reichsrechtlich ist nur bestimmt, dafs ein Grundstück einem anderen nur dann als Bestandteil zugeschrieben oder mit ihm vereinigt werden soll, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist, und dafs ein Grundstücksteil im Falle besonderer Belastung abzuschreiben und als selbständiges Grundstück zu buchen ist, dies aber im Falle der Belastung mit einer Reallast oder Dienstbarkeit dann unterbleiben kann, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist; Grdb.O. § 5—6. Im übrigen entscheidet das Landesrecht. Die Anlegung eines neuen Grundbuchblattes ist nicht nur niemals erforderlich, wenn durch die Zu- und Abschreibung kein neues Grundstück entsteht, sondern braucht auch dann nicht zu erfolgen, wenn zwar ein neues Grundstück entsteht, dieses aber unter besonderer Nummer in ein vorhandenes gemeinschaftliches Grundbuchblatt aufgenommen werden kann. — Bei reinen Personalfolien ist ein neues Grundbuchblatt anzulegen, wenn Jemand ein Grundstück erwirbt, der bisher kein Grundeigentum im Grundbuchbezirk besitzt.

[35] Für ein Erbbaurecht wird nur auf Antrag, jedoch, wenn es veräufsert oder belastet werden soll, von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt angelegt; Grdb.O. § 7. Ähnliches gilt meist nach Landesrecht für sonstige grundstücksgleiche Rechte; vgl. Preufs. A.V. Art. 27. Dagegen werden Bergwerke regelmäfsig von Amts wegen, neu verliehene nach Preufs. A.V. Art. 23 auf Ersuchen des Oberbergamts gebucht. Die Anlegung von Bahngrundbuchblättern erfolgt auf Ersuchen der Bahnaufsichtsbehörde.

Digitized by Google

stücke gegenstandslos wird[36] oder wenn die Gerechtigkeit, für die es angelegt ist, erlischt[37].

VIII. Eintragungen. Jede durch das Grundbuchamt bewirkte Aufzeichnung auf einem Grundbuchblatt heifst „Eintragung"; eine Eintragung, die sich auf das Erlöschen eines eingetragenen Rechtes bezieht, wird auch „Löschung" genannt[38].

1. Eine Eintragung soll regelmäfsig nur auf Antrag erfolgen; antragsberechtigt ist sowohl der, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, wie der, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll[39]. Manche Eintragungen aber sind auf Ersuchen einer zuständigen Behörde vorzunehmen[40], andere finden von Amts wegen statt[41].

2. Das Verfahren bei der Eintragung bewegt sich in den Formen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das Grundbuchamt hat auf jedem Antrage den Zeitpunkt, in dem er eingeht, genau zu vermerken und darf von mehreren dasselbe Recht betreffenden Anträgen dem späteren nicht vor Erledigung des früheren stattgeben[42]. Es hat in jedem Falle zu prüfen, ob die Voraussetzungen

---

[36] Vgl. Preufs. A.V. § 17—20 (wo auch Schliefsung wegen veränderter Zuständigkeit des Grundbuchamts und wegen Unübersichtlichkeit vorgesehen ist). — Reine Personalfolien werden geschlossen, wenn die Person wegfällt oder grundbesitzlos wird.

[37] Die Schliefsung erfolgt von Amts wegen; bei Aufhebung des Bergwerkseigentumes nach Preufs. A.V. Art. 25 auf Ersuchen des Oberbergamts.

[38] Ältere Ausdrücke sind: Einverleibung, Fertigung, Ingrossation, Intabulation, Transskription und Inskription, Um- und Einschreibung usw.

[39] Grdb.O. § 13. Das Antragsrecht hinsichtlich der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Berechtigten hat auch ein Dritter, der auf Grund eines gegen den Berechtigten vollstreckbaren Titels eine von der Berichtigung abhängige Eintragung verlangen kann; § 14. Notare haben eine gesetzliche Vollmacht zur Beantragung von Eintragungen auf Grund der von ihnen beurkundeten oder beglaubigten Erklärungen; § 15.

[40] Grdb.O. § 39. So auf Ersuchen des Prozefsgerichts bei einstweiliger Verfügung (C.Pr.O. § 941), des Vollstreckungsgerichts bei der Zwangsversteigerung (Zw.V.G. § 19 u. 130), des Konkursgerichts (Konk.O. § 113, 114, 116, 163, 190), des Vormundschaftsgerichts (Freiw. G.G. § 54), des Nachlaßgerichts (Planck zu B.G.B. § 1983 Bem. 2), des Strafgerichts (Str.G.B. § 93, 140, Str.Pr.O. § 325, 326, 332 ff.); ferner nach Landesrecht in den durch E.G. Art. 91 vorbehaltenen Fällen, sowie vielfach auf Ersuchen einer Agrar-, Fideikommiß-, Berg-, Deich-, Wasser-, Forst-, Enteignungsbehörde usw.

[41] Vgl. z. B. Grdb.O. § 6, 7, 8 Abs. 2, 18 Abs. 2, 23, 49, 52, 53, 54, 68, 89.

[42] Grdb.O. § 13 Abs. 1 S. 2, § 17. Anträgen mit Vorbehalt soll nicht stattgegeben werden; zulässig ist jedoch bei Beantragung mehrerer Eintragungen die Bestimmung, daß die eine nicht ohne die andere erfolgen soll; § 16.

Digitized by Google

für die Zulässigkeit der Eintragung gegeben sind, und je nach dem Ergebnis der Prüfung entweder die Eintragung zu verfügen oder den Antrag zurückzuweisen; doch kann es geeignetenfalls auch, wenn der Eintragung ein Hindernis entgegensteht, dem Antragsteller eine angemessene Frist zu dessen Hebung setzen und hierdurch dem unzulänglichen Antrage für den Fall seiner rechtzeitigen Ergänzung den Zeitvorrang vor später gestellten Anträgen sichern[43].

3. Voraussetzung für die Vornahme einer Eintragung ist, dafs sie ihrem Inhalte nach gesetzlich zulässig und durch den konkreten Tatbestand gerechtfertigt ist. Doch hat das Grundbuchamt die Gültigkeit der rechtsgeschäftlichen Vorgänge, auf Grund deren eine Eintragung beantragt wird, nicht zu prüfen[44]. Vielmehr erstreckt sich seine Prüfung nur auf die formelle Zulänglichkeit der vorliegenden Parteierklärungen[45]. Der Regel nach erfolgt eine Eintragung, wenn sie der, dessen Recht von ihr betroffen wird, bewilligt (sog. „formelles Konsensprinzip“)[46]. Doch gelten hiervon Ausnahmen in doppelter Richtung. Einerseits gibt es Fälle, in denen die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten nicht genügt. Insbesondere darf im Falle der Auflassung eines Grundstücks oder der Bestellung oder Übertragung eines Erbbau-

[43] Grdb.O. § 18. Geht ein kollidierender späterer Antrag ein, so ist zugunsten des früheren Antrags von Amts wegen eine Vormerkung oder ein Widerspruch einzutragen, bei endgültiger Zurückweisung des früheren Antrags aber wieder zu löschen. — Die Befugnis des Grundbuchrichters, die Vervollständigung eines Antrags aufzugeben und hierdurch dessen Priorität zu wahren, bestand auch nach preufs. R.; R.Ger. XXXIII Nr. 77, Dernburg, Hyp.R. I 124 ff.

[44] Anders nach dem älteren „Legalitätsprinzip“, wie es in Preufsen bis 1872, in Sachsen, Weimar, Altenburg, Meiningen, beiden Reufs, Rudolstadt, Hessen, Nassau und hinsichtlich der Hypotheken in Bayern und Württemberg bis 1900 galt.

[45] Dazu gehört aber die Prüfung der buchmäfsigen Legitimation des Erklärenden, seiner Geschäftsfähigkeit und der Identität seiner Person (R.Ger. XXXV Nr. 57), sowie die Beachtung aus dem Grundbuch ersichtlicher Verfügungsbeschränkungen.

[46] Grdb.O. § 19. Das formelle Konsensprinzip wurde zuerst in Lübeck, Hamburg und Mecklenburg, dann insbesondere in der Preufs. Gesetzg. v. 1872 und ihren Nachbildungen durchgeführt. Es unterscheidet sich von dem „materiellen Konsensprinzip“, das dem System des dinglichen Vertrages zugrunde liegt. So wird z. B. ein dingliches Recht auf Grund blofser Eintragungsbewilligung des Eigentümers eingetragen, obschon es ohne Einigung mit dem Berechtigten nicht entstehen kann.

Digitized by Google

rechts oder eines gleichgestellten Rechts die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung erklärt ist[47]. Aufserdem darf ein Grundpfandrecht nur mit Zustimmung des Eigentümers, ein auf einem Grundpfandrecht lastendes Recht nur mit Zustimmung des Grundpfandgläubigers gelöscht werden[48]. Andererseits ist in manchen Fällen die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten nicht erforderlich. So kann vor allem die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des der wirklichen Rechtslage entsprechenden Verhältnisses (insbesondere auch durch Eintragung oder Löschung einer Verfügungsbeschränkung) ohne Bewilligung erfolgen, sobald die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen wird[49]. Ebenso kann unter Umständen die Löschung eines bestehenden Rechts ohne die Bewilligung dadurch betroffener Berechtigter stattfinden[50]. Auch genügt zur Eintragung der Übertragung oder Belastung eines Briefgrundpfandrechtes die Vorlegung

---

[47] Grdb.O. § 20. Somit wird Niemand auf Grund bloſser Erklärung des bisherigen Eigentümers als Eigentümer eingetragen. — Das Grundbuchamt hat jedoch auch hier nur die formelle Ordnungsmäfsigkeit, nicht die materielle Gültigkeit der Einigung zu prüfen. Durch Landesrecht kann es aber verpflichtet werden, die Erklärung der Auflassung nur entgegenzunehmen, wenn ihm eine formgerechte Urkunde über das zugrunde liegende Rechtsgeschäft vorgelegt wird; Grdb.O. § 98.

[48] Grdb.O. § 27. Demgemäſs bedarf auch die pfandfreie Abschreibung eines Grundstücksteiles der Zustimmung des Eigentümers; Seuff. LIX Nr. 7. — Ein besonderer Löschungsantrag des Eigentümers, wie nach Preufs. E.E.G. § 58, ist nicht erforderlich.

[49] Grdb.O. § 22. Dagegen soll auch im Wege der Berichtigung (abgesehen von dem oben Anm. 39 erwähnten Fall) Niemand ohne seine Zustimmung als Eigentümer oder Erbbauberechtigter eingetragen werden. — Eine Ausnahme gilt nach Grdb.O. § 23—24 für die Löschung lebenslänglicher oder zeitlich beschränkter, durch den Tod des Berechtigten oder durch Zeitablauf beendigter Rechte, falls Rückstände nicht ausgeschlossen sind; hier darf die Löschung nur mit Bewilligung des Rechtsnachfolgers oder des ehemaligen Berechtigten erfolgen, wenn seit der Beendigung noch kein Jahr verflossen oder wenn vorher von jenem der Löschung widersprochen ist; doch kann das Gegenteil durch Eintragung bestimmt sein.

[50] Nach Grdb.O. § 21 bedarf es zur Löschung eines Realrechts, das auf dem Blatt des berechtigenden Grundstücks nicht gebucht ist, nicht der Bewilligung der davon in einem Recht an diesem Grundstück Betroffenen, obschon ihre Zustimmung zur Aufhebung erforderlich ist. Nach § 25 erfolgt die Löschung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs, falls die Eintragung auf einstweiliger Verfügung oder vorläufig vollstreckbarem Urteil beruht, ohne Bewilligung des Berechtigten, sobald die Verfügung oder das Urteil durch vollstreckbare Entscheidung aufgehoben ist.

Digitized by Google

der Abtretungs- oder Belastungserklärung[51]. Immer wird jede Eintragungsbewilligung durch rechtskräftige Verurteilung zur Bewilligung ersetzt[52].

4. Die Eintragungen sollen nur bei gehörigem Nachweis ihrer Voraussetzungen erfolgen. Die Eintragungsbewilligung und die sonst zur Eintragung erforderlichen Erklärungen sollen entweder vor dem Grundbuchamt zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden[53]. Andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden[54].

5. Der Regel nach soll eine Eintragung, von der ein nicht eingetragenes Recht betroffen wird, erst nach dessen Zwischeneintragung erfolgen[55]. Doch bedarf es bei Briefgrundpfandrechten im Falle gehöriger Legitimation des Briefbesitzers keiner Eintragung der Zwischengläubiger[56]. Auch ist die Zwischeneintragung des Erben nicht erforderlich, wenn die Übertragung oder Aufhebung des ererbten Rechts eingetragen werden soll oder wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers

---

[51] Grdb.O. § 27.

[52] C.Pr.O. § 894—896. — Bei einer Eintragung auf Grund behördlichen Ersuchens (§ 39) hat das Grundbuchamt die Zuständigkeit der Behörde, die gehörige Form des Ersuchens (Preuſs. A.G. z. Grdb.O. Art. 9) und das Nichtvorhandensein buchmäſsiger Hindernisse zu prüfen.

[53] Grdb.O. § 29 S. 1. Der Eintragungsantrag oder die Vollmacht zu einem solchen bedarf nur dann der gleichen Form, wenn der Antrag zugleich eine erforderliche Erklärung ersetzen soll; § 30. Dagegen ist die Zurücknahme des Antrages oder der Widerruf der Vollmacht stets der Form bedürftig; § 32. — In der Eintragungsbewilligung oder dem sie ersetzenden Antrage ist das Grundstück in Übereinstimmung mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen; einzutragende Geldbeträge sind in Markwährung anzugeben; § 28.

[54] Grdb.O. § 29 S. 2. Besondere Vorschriften gelten für den Nachweis handelsgesellschaftlicher Vertretungsmacht (§ 33, 35), ehelicher Güterrechtsverhältnisse (§ 34, 35), der Erbfolge, des Bestehens fortgesetzter Gütergemeinschaft oder der Verfügungsbefugnis eines Testamentsvollstreckers (§ 36), des Erwerbes eines Grundpfandrechts durch Erbschafts- oder Gesamtgutsauseinandersetzung (§ 37—38). — Eintragungen bei Briefgrundpfandrechten sollen regelmäſsig nur bei Vorlegung des Briefes, Eintragungen bei Inhaber- oder Orderhypotheken bei Vorlegung des Wertpapiers erfolgen (§ 42—44).

[55] Grdb.O. § 40 Abs. 1; Seuff. LV Nr. 197; dazu oben Anm. 39.

[56] Grdb.O. § 40 Abs. 2.

Digitized by Google

oder eines Nachlaſspflegers oder eines dem Erben gegenüber dazu befugten Testamentsvollstreckers begründet wird[57].

6. Form und Inhalt der Eintragungen richten sich nach der Beschaffenheit des zu bekundenden Rechtsverhältnisses und nach dem Antrage oder Ersuchen. Jede Eintragung soll den Tag, an dem sie erfolgt ist, angeben und mit der Unterschrift des Grundbuchbeamten versehen sein; auch sollen mehrere Eintragungen den einer jeden von ihnen nach der Zeitfolge der Anträge oder Ersuchen zukommenden Rang erhalten und demgemäſs in gehöriger Reihenfolge bewirkt oder erforderlichenfalls mit einem entsprechenden Rangvermerk versehen werden[58]. Löschungen erfolgen durch Eintragung eines Löschungsvermerks; als stillschweigende Löschung gilt die Übertragung eines Grundstücks oder Grundstücksteils auf ein anderes Blatt ohne Mitübertragung des eingetragenen Rechts[59]. Soll ein Recht für Mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden, so soll entweder das Anteilsverhältnis in Bruchteilen oder das für die Gemeinschaft maſsgebende Rechtsverhältnis angegeben werden[60]. Bei einer Belastung mehrerer Grundstücke mit demselben Recht ist von Amts wegen auf jedem Grundbuchblatt die Mitbelastung der übrigen Grundstücke bemerkbar zu machen[61]. Mit der Eintragung eines Vorerben ist zugleich das Recht des Nacherben und eine etwaige Befreiung des Vorerben von Verfügungsbeschränkungen, mit der Eintragung des Erben die etwaige Ernennung eines zur Verwaltung befugten Testamentsvollstreckers von Amts wegen einzutragen[62]. Bei der Eintragung eines begrenzten dinglichen Rechts kann zur näheren

---

[57] Grdb.O. § 41. Der Bewilligung steht ein vollstreckbarer Titel gegen den Erblasser, Nachlaſspfleger oder Testamentsvollstrecker gleich. — Was für Erben bestimmt ist, gilt auch für Erbeserben; R.Ger. LIII Nr. 77.

[58] Grdb.O. § 45—46. Bei Eintragungen in derselben Abteilung soll die Reihenfolge der Zeitfolge der Anträge entsprechen, bei Gleichzeitigkeit der Anträge aber die Gleichheit des Ranges vermerkt werden; bei Eintragungen in verschiedenen Abteilungen ist, wenn sie denselben Tag angeben, der Vorrang der früher beantragten Eintragung zu vermerken. Diese Vorschriften finden insoweit keine Anwendung, als ein Rangverhältnis nicht besteht oder das Rangverhältnis anders bestimmt ist.

[59] Grdb.O. § 47.

[60] Grdb.O. § 48.

[61] Grdb.O. § 49. Ebenso ist das Erlöschen einer Mitbelastung von Amts wegen zu vermerken.

[62] Grdb.O. § 52—53.

Digitized by Google

Bezeichnung des Rechtsinhaltes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden[63].

7. Eine ungerechtfertigte Eintragung ist dann, wenn sie ihrem Inhalte nach unzulässig ist, von Amts wegen wieder zu löschen. Im übrigen kann sie niemals von Amts wegen beseitigt werden. Ergibt sich aber, dafs eine Eintragung, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist, unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen ist, so hat das Grundbuchamt von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen[64].

8. Von jeder Eintragung sollen der Antragsteller, der eingetragene Eigentümer und alle sonst ausweislich des Grundbuchs beteiligten Personen, soweit sie nicht darauf verzichtet haben, Nachricht erhalten[65].

IX. Rechtsmittel. Alle Verfügungen des Grundbuchamtes sind Verwaltungshandlungen. Als Rechtsmittel gegen sie sind daher nur Beschwerden gegeben. Das Beschwerdeverfahren gegen sachliche Entscheidungen des Grundbuchamts ist reichsrechtlich geregelt[66]. Beschwerdegericht ist das Landgericht[67]. Das Beschwerdegericht kann schon vor der Entscheidung durch eine einstweilige Anordnung dem Grundbuchamt aufgeben, eine Vormerkung oder einen Widerspruch einzutragen[68]. Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts findet, falls sie auf einer Verletzung des Gesetzes beruht, die weitere Beschwerde statt, über die das Ober-

---

[63] B.G.B. § 874. Bei der Eintragung von Dienstbarkeiten und Reallasten als Altenteil bedarf es, wenn auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird, nicht einmal der Bezeichnung der einzelnen Rechte; Grdb.O. § 50. — Besondere Bestimmungen gelten für Grundpfandrechte; B.G.B. § 1115, Grdb.O. § 51.

[64] Grdb.O. § 54. Die Löschung des Widerspruchs kann nur auf Antrag erfolgen. — Nach der Preufs. Grdb.O. § 118 war auch die Wiedereintragung einer versehentlichen gelöschten Post von Amts wegen zulässig; dies ist weggefallen. — Vgl. im übrigen unten zu IX S. 304.

[65] Grdb.O. § 55.

[66] Grdb. O. § 71—81. — Die Regelung der Dienstaufsicht über die Grundbuchämter und der im Aufsichtswege zu erledigenden Beschwerden (über Geschäftsführung usw.) ist dem Landesrecht überlassen.

[67] Wo das Grundbuchamt nicht mit dem Amtsgericht zusammenfällt, kann durch Landesgesetz zunächst dem Amtsgericht die Zuständigkeit zur Abänderung der Entscheidungen des Grundbuchamtes erteilt werden; Grdb.O. § 100. Hiervon hat das Württ. A.G. Art. 12 Gebrauch gemacht.

[68] Grdb.O. § 76. Wird die Beschwerde zurückgenommen oder zurückgewiesen, so erfolgt die Löschung von Amts wegen.

Digitized by Google

landesgericht entscheidet[69]. Will jedoch das Oberlandesgericht bei der Auslegung einer grundbuchrechtlichen Vorschrift des Reichsrechts von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Reichsgerichts abweichen, so hat es die weitere Beschwerde dem Reichsgericht zur Entscheidung vorzulegen[70].

Gegen eine Eintragung ist eine Beschwerde überhaupt nicht zulässig[71]; nur soweit das Grundbuchamt verpflichtet ist, von Amts wegen eine Eintragung mit unzulässigem Inhalt zu löschen oder einen Widerspruch gegen eine gesetzwidrige Eintragung einzutragen, kann im Beschwerdewege verlangt werden, dafs das Grundbuchamt hierzu angewiesen wird[72]. Im übrigen kann der durch eine ungerechtfertigte Eintragung in seinem Recht Bedrohte die Löschung der Eintragung oder die Eintragung eines Widerspruchs nur im Wege des Antrages durchsetzen und mufs im Streitfall die grundbuchrechtlichen Voraussetzungen dafür im Prozefswege beschaffen. Die Eintragung als solche wird eben niemals rechtskräftig und kann mangels der materiellrechtlichen Erfordernisse keine Rechtsänderung bewirken.

X. Schadenersatz. Verletzt ein Grundbuchbeamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegende Amtspflicht, so trifft die Verpflichtung zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens den Beteiligten gegenüber ausschliefslich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht[73]. Diese Haftung des

---

[69] Auf Grund der durch Grdb.O. § 102 dem Landesgesetz erteilten Ermächtigung ist für ganz Preufsen das Kammergericht, für Bayern das Oberste Landesgericht zur Entscheidung berufen.

[70] Grdb.O. § 79 Abs. 2—3.

[71] Grdb.O. § 71 Abs. 2 S. 1. Daher auch nicht gegen eine Löschung oder die Eintragung eines Widerspruchs; Rechtspr. der O.L.G. II 59.

[72] Grdb.O. § 71 Abs. 2 S. 2. Auch zu dieser Anweisung kann durch Landesgesetz nach Grdb.O. § 101, wo ein vom Amtsgericht verschiedenes Grundbuchamt besteht, zunächst das Amtsgericht berufen werden; so Württ. A.G. Art. 13.

[73] Grdb.O. § 12. Schon bisher war in einigen Ländern eine primäre Haftung des Staats aus verschuldeter fehlerhafter Grundbuchführung anerkannt; so nach Weim. Pfandges. § 355, Altenb. H.O. § 141, beiden Reufs. § 141, Rudolst. § 93. Anderswo haftete, wie noch jetzt nach Österr. G. v. 12. Juli 1872 § 1, der Staat neben dem Beamten; vgl. Sächs. Reskr. v. 18. Okt. 1796, Mein. Pfandges. Art. 29. Meist wurde dem Staat nur eine subsidiäre Haftung auferlegt; Preufs. Grdb.O. § 29, Anhalt. § 41, Oldenb. § 19, Kob.-Goth. § 16, Braunsch. § 3, Lipp. 18—19, Sondersh. § 28, Hamb. H.O. § 47, Meckl. R. b. Meibom § 8 Anm. 26—64, Bayr. b. Regelsberger § 23 Anm. 12. Dem württ., hess. u. nassau. Recht war jede staatliche Haftung fremd. — Das

Digitized by Google

Staates oder sonstigen öffentlichen Verbandes für sein ungehörig funktionierendes Organ tritt nach Reichsrecht in dem Umfange ein, in dem nach den Vorschriften des B.G.B. der Beamte selbst verantwortlich sein würde[74]. Das Recht des Staates oder der Körperschaft, von dem Beamten Ersatz zu verlangen, bleibt unberührt; es ist durch das Landesrecht zum Teil in vollem Umfange aufrecht erhalten[75], zum Teil ermäfsigt[76].

§ 119. Die sachenrechtliche Bedeutung der Grundbücher.

I. Überhaupt. Die Grundbücher sollen die jeweiligen liegenschaftlichen Rechtsverhältnisse zur offensichtlichen Erscheinung bringen. An das Erscheinen oder Nichterscheinen im Grundbuch ist eine Fülle sachenrechtlicher Wirkungen geknüpft. Die hierauf bezüglichen Rechtssätze (das sogenannte materielle Grundbuchrecht) umspannen das ganze Liegenschaftsrecht und bilden den Kern der es vom Fahrnisrecht absondernden allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken. Doch gibt es einerseits liegenschaftliche Rechtsverhältnisse, die dem Grundbuchrecht

---

Reichsrecht hat in dieser Richtung die grundsätzlich zu fordernde Verantwortlichkeit der öffentlichen Verbandspersonen für Organverschulden bei Ausübung öffentlichrechtlicher Funktionen (vgl. oben Bd. I 532) zwingend bestimmt, während es im übrigen auf das Landesrecht verweist (E.G. z. B.G.B. Art. 77), das weit auseinandergeht.

[74] Also nach B.G.B. § 839 Abs. 1 u. 3 im Falle blofser Fahrlässigkeit nur, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag, und überhaupt nicht, wenn er verschuldeter Weise unterlassen hat, den Schaden durch Beschwerde abzuwenden. Durch das bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 61 und das württ. A.G. Art. 202 Abs. 2 ist die staatliche Verantwortlichkeit auf den Fall ausgedehnt, dafs die Haftung des Beamten nur wegen Zurechnungsunfähigkeit ausgeschlossen ist. Im übrigen trifft der Schaden aus unverschuldetem Versehen des Grundbuchamts, soweit nicht ein Dritter zum Ersatz verpflichtet und imstande ist, den Verletzten.

[75] So nach den A.G. z. B.G.B. für Bayern Art. 60 Abs. 4, Württ. Art. 203, Bad. Art. 5, Schaumb. § 16, z. Grdb.O. f. Hessen Art. 21, Anh. Art. 8, Altenb. § 16, Braunschw. § 6, Lippe § 11, Sondersh. § 29, Reufs ä. L. § 12, j. L. § 6, Lübeck § 3, Hamb. § 34, Elsafs-Lothr. § 8. In Baden geht die Forderung auf den Staat über. In Lübeck verjährt der Regrefsanspruch in sechs Monaten.

[76] Nach den A.G. zur Grdb.O. f. Preufsen Art. 8, Meiningen Art. 10, Rudolst. Art. 22, Waldeck Art. 8 u. dem A.G.B. z. B.G.B. f. Kob.-Gotha Art. 18 § 2 tritt der Regrefsanspruch nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit ein. Das Brem. A.G. z. Grdb.O. § 10 gestattet, bei leichtem Verschulden den Ersatzanspruch zu ermäfsigen oder überhaupt nicht zu erheben.

Digitized by Google

überhaupt entzogen sind[1]. Andererseits ist die Aufnahme von Angaben über gewisse tatsächliche Verhältnisse in das Grundbuch teils vorgeschrieben teils zulässig, ohne dafs hiermit sachenrechtliche Wirkungen verknüpft wären[2].

II. Bestimmung des Sachbestandes. Das Grundbuch hat zunächst die Aufgabe, die Objekte des Liegenschaftsrechts ersichtlich zu machen.

Demgemäfs empfangen die Grundstücke durch das Grundbuch ihre rechtliche Individualisierung; was auf einem besonderen Blatt oder auf einem gemeinschaftlichen Blatte unter besonderer Nummer als Grundstück gebucht ist, gilt als einheitliche Sache, was als blofser Bestandteil eines Grundstücks aufgeführt ist, als blofser Sachteil[3]. Eine Änderung im Bestande der gebuchten Grundstücke kommt nur durch Bucheintrag zustande. Doch kann der Bucheintrag die Änderung nur bewirken, wenn die materiellrechtlichen Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Der Regel nach ist daher, weil die Befugnis zur Verfügung über den Grundstücksbestand im Eigentum enthalten ist, eine gehörige Willenserklärung des Eigentümers erforderlich[4]. Der Eigentümer seinerseits kann grundsätzlich in beliebiger Weise über den Grundstücksbestand verfügen. Er kann somit ein Grundstück in einen Grundstücksbestandteil verwandeln,

---

[1] So der Besitz, die ehemännliche oder elterliche Nutzniefsung, die landesrechtlich auf einem vorbehaltenen Gebiet dem Grundbuch entzogenen dinglichen Rechtsverhältnisse, die Rechte an buchungsfreien und nicht gebuchten Grundstücken.

[2] So haben Vermerke über Gröfse, Lage, Kulturart oder Gebäudebestand des Grundstücks, über den Wert, den letzten Erwerbspreis, die Feuerversicherungssumme usw. nur informatorische Bedeutung. Vgl. oben § 118 Anm. 22. Gleiches gilt z. B. von dem nach Preufs. G. v. 10. Aug. 1904 Art. I § 19 Abs. 3 einzutragenden Vermerk über Versagung der Ansiedlungsgenehmigung auf Einspruch eines Bergwerksbesitzers und die dafür gezahlte Entschädigung.

[3] Vgl. oben § 103 I. Doch reicht die Sachabgrenzungskraft des Grundbuches nur so weit, als die Buchung dem wirklichen Grundstücksbestande entspricht; oben § 118 Anm. 22; R.Ger. b. Seuff. LV Nr. 66 u. 67. Ist ein Grundstück aus Versehen auf zwei Grundbuchblättern eingetragen, so hat, da das Grundstück dadurch nicht verdoppelt werden kann, keine Eintragung buchmäfsige Kraft; R.Ger. XXXIX Nr. 60 u. 63, LVI Nr. 15, Dernburg, Preufs. H.R. I § 14, B.R. III § 45, Biermann zu § 892 Bem. 2, Planck Bem. 4; a. M. Kober zu § 892 Bem. I u. teilweise Ramdohr b. Gruchot XLIV 344 ff.

[4] Anders z. B. im Falle der agrarrechtlichen Zusammenlegung oder der Teilenteignung.

Digitized by Google

indem er entweder mehrere Grundstücke als ein durch ihre Verschmelzung gebildetes neues Grundstück zusammenschreiben oder ein Grundstück einem anderen Grundstück als ihm einverleibten Bestandteil zuschreiben läfst[5]. Auf ein reichsrechtliches Hindernis stöfst er hierbei nur, wenn nach dem Ermessen des Grundbuchamts von der Vereinigung Verwirrung zu besorgen ist[6]; das Landesrecht aber kann die Vereinigung aus materiellen oder formellen Gründen untersagen oder beschränken[7]. Der Eigentümer kann ebenso die Abtrennung eines Grundstücksteils oder die völlige Zerlegung eines Grundstücks in mehrere Grundstücke durch

[5] B.G.B. § 890; dazu oben § 118 Anm. 34; Rechtspr. d. O.L.G. II 407.

[6] Oben § 118 Anm. 34.

[7] E.G. z. B.G.B. Art. 119 Z. 3. So bedarf vielfach die Einverleibung eines allodialen Grundstücks in ein Fideikommifsgrundstück landesherrlicher Genehmigung. In Sachsen gelten Vereinigungsbeschränkungen für alle Grundstücke, deren Teilbarkeit aus Gründen des öffentlichen Rechts beschränkt ist, insbesondere die Rittergüter; die Vereinigung mehrerer solcher Grundstücke setzt behördliche Genehmigung voraus; A.G. z. B.G.B. § 7—12, A.V. § 13—18. In Württ. ist die Vereinigung standesherrlicher oder ritterschaftlicher Grundstücke mit anderen Grundstücken ausgeschlossen; A.G. Art. 19. Ebenso in Hessen die Vereinigung ungleich veräufserlicher oder vererblicher Grundstücke; A.G. Art. 81. Desgleichen (aber vorbehaltlich des Dispenses) in Mecklenburg, wo überdies die Bestandsveränderung von Rittergütern und (mangels anderer Ortssatzung) von städtischen Grundstücken genehmigungsbedürftig ist; A.V. § 109, 111—113 (Str. § 107, 109—111). In Lübeck dürfen Grundstücke, die in unbeschränktem Eigentum stehen, nicht mit Erbpachtgütern usw. vereinigt werden; A.G. § 70. In Preufsen ist nach Ges. v. 7. Juli 1891 § 4 die Zuschlagung eines Rentenguts beschränkt, nach Preufs. L.R. I, 8 § 76 (aufrechterhalten durch A.G. Art. 89) die Vereinigung von Baustellen mit verschiedenen Nummern an obrigkeitliche Genehmigung gebunden. — Manche Gesetze fordern die Zustimmung von Vorkaufs- und Wiederkaufsberechtigten, Fideikommifsanwärtern, Nacherben und mit Eigentumsanspruch Vorgemerkten; A.G. v. Altenb. § 56—58, Kob.Gotha Art. 23 § 3—5, Reufs ä. L. § 80—82, Reufs j. L. § 54, für nicht frei teilbare Güter Sachs. § 9—11. — Viele Gesetze lassen die Vereinigung belasteter (oder doch mit Grundpfandrechten oder Reallasten belasteter) Grundstücke nur zu, wenn die Lasten auf allen Grundstücken gleichmäfsig haften (so mit Vorbehalt der Dispensation Meckl. § 110—111 resp. 108—109, Lüb. § 69—70, Brem. § 21—22, ohne Vorbehalt Elsafs-Lothr. A.G. z. Grdb.O. § 16) oder doch mit gleichem Rang auf das ganze nunmehrige Grundstück erstreckt werden (so Hess. Art. 81, Altenb. § 54—55, Kob.-Gotha Art. 23 § 2, Reufs ä. L. § 78, Reufs j. L. § 54). — Mehrfach dürfen nur Grundstücke, die in demselben Grundbuchbezirk oder derselben Feldmark liegen oder aneinander grenzen, vereinigt werden; Württ. Art. 19, Hess. Art. 81, Kob.-Gotha Art. 23 § 1, Elsafs-Lothr. a. a. O. — Bisweilen endlich wird vorherige Richtigstellung des Flurbuchs verlangt; Meckl. § 107 (105), Weim. § 104, Rudolst. Art. 64, Brem. § 19.

Digitized by Google

buchmäfsige Abschreibung herbeiführen[8]. Das Reichsrecht legt ihm in dieser Richtung keine Beschränkung auf; das Landesrecht dagegen kann die Teilung eines Grundstücks beliebig verbieten oder erschweren[9].

Die sachenrechtliche Bedeutung der buchmäfsigen Individualisierung der Grundstüke liegt darin, dafs die gebuchten Grundstückseinheiten und nur sie den bestimmungsmäfsigen Gegenstand der im Grundbuch erscheinenden Rechte bilden. Somit erstrecken sich das Eigentum und die begrenzten dinglichen Rechte der Regel nach auf das ganze Grundstück und nur auf das einzelne Grundstück. Allein diese Regel wird in zweifacher Richtung durchbrochen. Auf der einen Seite sind besondere Rechte an einem Grundstücksteil möglich[10]. Darum soll zwar das Grundbuchamt die Begründung von Rechten an einem Grundstücksteil verhindern; es sind jedoch nicht nur Ausnahmen zugunsten von Dienstbarkeiten und Reallasten zulässig, sondern es kann durch vorschriftswidrige Eintragung jederlei Recht an einem Grundstücksteil zustande kommen[11]. Und in den Fällen der Verschmelzung oder Ein-

---

[8] K.Ger. Berlin b. Seuff. LIX Nr. 261. Dazu oben § 118 Anm. 34 u. 36.

[9] E.G. z. B.G.B. Art. 119 Z. 2. In Betracht kommen sowohl die öffentlichrechtlichen wie die privatrechtlichen Teilungsbeschränkungen bei gebundenen Gütern, Rittergütern (Meckl. A.V. § 112 resp. 110, Weim. A.G. § 108, Braunschw. § 41), Bauergütern (Braunsch. A.G. § 41), Rentengütern (Preufs. G. v. 7. Juli 1891 § 4), städtischen Grundstücken (Meckl. § 113 resp. 111, Lüb. § 66—67, Hamb. § 31—33), Gebäuden (Hess. Art. 96), Waldungen (Hess. Art. 95, Weim. § 106) usw. Davon später. — Ferner die Bestimmungen, die ein festes Mindestmafs setzen, unter das bei den verschiedenen Arten von Grundstücken der einzelne Teil nicht sinken darf: Weim. A.G. § 102—105, Hess. Art. 94—95, Bad. G. v. 16. Aug. 1900 (A.G. z. B.G.B. Art. 25 a bis 25 c), Reufs j. L. § 53, Lüb. § 66. — Desgleichen die Schutzmafsregeln gegen gewerbsmäfsige Güterschlächterei; vgl. z. B. Württ. A.G. Art. 172—174. — Dazu kommen einzelne Landesgesetze, die im Falle der Belastung des Grundstücks mit Grundpfandrechten oder Reallasten die Teilung nur zulassen, wenn der abzuschreibende Teil befreit wird; so (mit Vorbehalt der Dispensation) Meckl. A.V. § 108 resp. 106, Lüb. § 68 u. 71, Brem. § 20 u. 22, Hamb. § 30. — Endlich die Vorschriften, nach denen der Abschreibung die Flurbuchsberichtigung vorausgehen soll; vgl. Grdb.O. § 96, dazu Preufs. Allg. Verf. v. 20. Nov. 1899 § 30, Weim. A.G. Art. 104, Rudolst. Art. 64, Bremen § 19. — Die verbotswidrige Teilung ist, sofern es sich nicht um eine blofse Sollvorschrift handelt, nichtig und wird daher auch durch buchmäfsige Abschreibung nicht wirksam. Dagegen bestimmen die A.G. f. Kob.-Gotha Art. 23 § 3 und Rudolst. Art. 65 allgemein, dafs die verbotswidrig erfolgte Abschreibung gültig ist.

[10] Oben § 103 Anm. 31.

[11] Grdb.O. § 6 (oben § 118 Anm. 34). Eine Entscheidung, wie R.Ger. XVIII Nr. 67, darf nicht mehr ergehen.

Digitized by Google

verleibung von Grundstücken bleiben die auf ihnen lastenden Rechte als besondere Rechte an den nunmehrigen Grundstücksteilen bestehen, wovon nur im Falle der Einverleibung eine Ausnahme in Ansehung der auf dem Hauptgrundstück lastenden Grundpfandrechte gilt [12]. Auf der anderen Seite können mehrere Grundstücke mit demselben Recht belastet werden [13]. Darum wird durch die Belastung eines Grundstücks dessen Teilung nicht gehindert [14]. Vielmehr bestehen im Falle der Teilung die das Grundstück belastenden Rechte als Gesamtrechte an den mehreren Grundstücken fort und sind daher bei jeder Abschreibung mitzuübertragen [15]. Doch ist die Befreiung von Grundstücksteilen durch lastenfreie Abschreibung nicht nur stets auf Grund einer Bewilligung der Berechtigten (Exnexuation), sondern nach Landesrecht unter bestimmten Voraussetzungen auch auf Grund eines behördlichen Unschädlichkeitszeugnisses zulässig [16].

Auch die liegenschaftlichen Gerechtigkeiten werden durch Buchung auf besonderem Blatt oder unter besonderer Nummer als einheitliche und selbständige Gegenstände des Liegenschaftsrechts charakterisiert [17]. Auf ihre Bestands-

---

[12] Sie ergreifen nach B.G.B. § 1131 auch den neuen Bestandteil, stehen aber den auf diesem fortlastendenden besonderen Rechten im Range nach. — Die in Anm. 7 erwähnten landesgesetzlichen Bestimmungen zur Verhütung ungleicher Belastung der Teile sind gleich der durch Grdb.O. § 5 gesetzten Einschränkung nur Ordnungsvorschriften.

[13] Über die Eintragung der Mitbelastung oben § 118 Anm. 61.

[14] Landesgesetze, nach denen die Zustimmung der Realgläubiger erforderlich war (z. B. Bayr. H.O. § 36, Weim. § 139, Sächs. Gb. § 419), sind weggefallen.

[15] Ungehörige Unterlassung der Übertragung gilt zwar als Löschung (oben § 118 Anm. 59), hebt aber die Mitbelastung nicht auf. — Dafs einzelne Landesgesetze der Regel nach nur lastenfreie Abschreibungen zulassen, ist oben Anm. 9 erwähnt.

[16] E.G. z. B.G.B. Art. 120. Vgl. für Preufsen G. v. 13. April 1841, 3. Mai 1850 u. 27. Juni 1860 nebst Grdb.O. v. 1872 § 65—71; Erweiterungen bei Rentengutsbildung durch G. v. 27. Juni 1890 § 1 und bei Abtretung für öffentliche Zwecke durch G. v. 15. Juli 1890 § 1; besondere Gesetze für einzelne neue Landesteile; A.G. z. B.G.B. Art. 19—20 und (für gebundene Güter) z. Grdb.O. Art. 20; dazu Dernburg III § 91. Bayr. G. v. 15. Juni 1898. Schaumb. Lipp. G. v. 4. Mai 1899. A.G. z. B.G.B. f. Sachs. § 21—27 (nebst. A.V. § 20—23), Hess. Art. 97—101, Meckl. § 114—120, 184 (Str. § 112—118, 182), Oldenb. § 7—11 (Birkenf. § 33—36), Weim. § 162—174, Braunsch. § 57—61, Anhalt Art. 55, Altenb. § 60—69, Kob.-Goth. Art. 39, Mein. Art. 20, Lippe § 25—28, Rudolst. Art. 109—121, Sondersh. Art. 29, Reufs ä. L. § 82—87, Reufs j. L. § 55—69, Lüb. § 82—97, Brem. § 23, Hamb. § 35—42.

[17] Näheres unten § 141 und § 142. Der Regel nach ist nicht ihr Bestand, wohl aber die Möglichkeit ihrer Übertragung oder Belastung von

Digitized by Google

veränderungen sind die Vorschriften der Grundstücke insoweit anwendbar, als dies nicht durch die Natur der unkörperlichen Sacheinheiten oder durch abweichende Gesetzesbesimmungen ausgeschlossen ist[18].

Die Realrechte werden, da sie als Bestandteile des Grundstücks, mit dem sie verbunden sind, gelten, auf dem Blatte dieses Grundstücks vermerkt; der Vermerk erfolgt nur auf Antrag, wird aber im Falle der Änderung oder Aufhebung des Rechts von Amts wegen berichtigt[19]. Doch haben diese Buchungen weder für den Bestand noch für die Bestandteilseigenschaft des Rechts eine andere als informatorische Bedeutung[20].

---

der Buchung abhängig; manche von ihnen empfangen aber nach Landesrecht erst durch Buchung die Eigenschaft grundstücksgleicher Rechte. Eine Gewähr für den Bestand gibt die Buchung nicht; so auch R.Ger. LVII Nr. 8 S. 38; vgl. unten Anm. 108.

[18] Daher kann z. B. ein Erbbaurecht einem Grundstück, aber auch ein Grundstück einem Erbbaurecht als Bestandteil zugeschrieben werden; dagegen ist das Erbbaurecht nicht teilbar. Auch das Bergwerkseigentum und ein Grundstück können zur Sacheinheit verbunden werden (vgl. Preufs. A.G. z. Grdb.O. Art. 25 Abs. 3 u. Allg. Verf. § 24 Abs. 2 über Grundstücke, die einem Bergwerk als Bestandteil zugeschrieben sind); doch ist dies z. B. durch das Hess. A.G. z. B.G.B. Art. 81 ausgeschlossen. Die Konsolidation von Bergwerken, ihre Teilung und ihre Bestandsveränderung durch Feldestausch vollziehen sich überall nach besonderen bergrechtlichen Regeln, so dafs die auf Ersuchen der Bergbehörde vorzunehmende Umbuchung nur Grundbuchberichtigung ist; Preufs. A.G. z. B.G.B. Art. 37 u. z. Grdb.O. Art. 23, Bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 157 (z. Art. 62 a) usw.

[19] Grdb.O. § 8; dazu oben § 118 Anm. 28 u. Preufs. A.G. z. Grdb.O. Art. 12 Abs. 2 Nr. 2, Art. 20 Z. 1. — Die reichsrechtliche Vorschrift bezieht sich nur auf solche Realrechte, die zugleich als dingliche Rechte auf einem anderen Grundstück lasten. Doch ist auch die Buchung anderer nach Landesrecht vorkommender Realrechte zulässig. Ausdrücklich ausgeschlossen wird aber durch die Meckl. A.V. z. B.G.B. § 105 (Str. § 103) die Buchung der Landstandschaft und sonstiger mit ritterschaftlichem Gutsbesitz verbundener öffentlicher Rechte.

[20] Daher geht auch das beim berechtigenden Grundstück nicht vermerkte Recht durch eine nach Grdb.O. § 21 (oben § 118 Anm. 50) ordnungsmäfsig erfolgte Löschung nicht unter, wenn die nach B.G.B. § 876 S. 2 zur Aufhebung erforderliche Zustimmung eines dinglich Berechtigten fehlt. Da es aber infolge der Löschung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gefährdet ist, sind die Zustimmungsberechtigten nach Grdb.O. § 8 neben dem Eigentümer befugt, die Buchung beim berechtigenden Grundstück zu beantragen. — Die das Realrecht betreffenden Vermerke auf dem Blatt des berechtigenden Grundstücks haben auch am öffentlichen Glauben des Grundbuchs keinen Teil; entscheidend ist vielmehr allein das Blatt des belasteten Grundstücks; Fuchs II 125 Z. 6.

Digitized by Google

III. Änderung der dinglichen Rechtslage.

1. Soll durch ein hierauf gerichtetes Rechtsgeschäft eine Änderung in den an einem Grundstück bestehenden Rechten herbeigeführt werden, so ist nach geltendem deutschen Recht die Eintragung in das Grundbuch das regelmäfsige Mittel, um die Änderung der dinglichen Rechtslage zu bewirken.

a. Die Eintragung ist daher, soweit nicht ausnahmsweise das Gegenteil bestimmt ist, schlechthin erforderlich, damit ein derartiger rechtsgeschäftlicher Erfolg zustande komme.

Sie ist zunächst erforderlich, damit Eigentum am Grundstück auf rechtsgeschäftlichem Wege erworben oder verloren werde. Dies gilt, wie schon vor dem B.G.B. im gröfsten Teile Deutschlands[21], im Falle der Übertragung des Eigentums[22]; die römischrechtliche Übereignung durch Tradition, die französischrechtliche Übereignung durch blofsen Vertrag und die in einigen Gebieten erhaltenen deutschrechtlichen Übereignungsformen ohne Eintragung sind abgeschafft[23]. Es gilt aber nach dem B.G.B. auch in den Fällen des einseitigen Verlustes des Eigentums durch Verzicht und des einseitigen Erwerbes des Eigentums durch Aneignung[24]. Ausnahmen von der Regel, dafs jeder rechtsgeschäftliche Erwerb von Grundeigentum durch Eintragung bedingt ist, kommen nur kraft vorbehaltener landesgesetzlicher Bestimmungen vor[25].

Die Eintragung ist ferner erforderlich zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht, so dafs begrenzte dingliche Rechte ohne Eintragung nicht begründet werden können[26]. Mit

---

[21] Nach den Ges. des preufs. u. des sächs. Systems, in Hamburg, Lübeck, Hessen, Nassau, Teilen von Mecklenb.; oben § 117 Anm. 90, 91, 92, 95, 97—99.

[22] B.G.B. § 873 Abs. 1.

[23] Das römische System in Bayern, Württ. u. Teilen von Mecklenb., das französ. in Baden, Rheinbayern, Rheinhessen u. Elsafs-Lothringen, abweichendes deutsches Recht in Bremen, Weimar, Meiningen u. Rudolstadt; oben § 117 Anm. 70—71, 76, 86, 93—94.

[24] B.G.B. § 928 u. E.G. Art. 190. Sowohl die Verzichtserklärung wie die Aneignungserklärung sind rechtsgeschäftlicher Natur.

[25] So hinsichtlich der Übereignung buchungsfreier Grundstücke; oben § 118 Anm. 16. Auch bezüglich der agrarrechtlichen Eigentumsübertragungen (E.G. Art. 113), insoweit sie durch behördlich bestätigte Verträge zustande kommen. Eigentumserwerb durch Aneignung ohne Eintragung begegnet landesrechtlich kraft Uferrechts (so nach preufs. R. an neu entstandenen Inseln und verlassenen Flufsbetten).

[26] B.G.B. § 873 Abs. 1. Dies gilt auch für manche dem B.G.B. unbekannte Rechte, deren Neubegründung das Landesrecht zulassen kann; so

Digitized by Google

diesem Grundsatz schliefst sich das B.G.B. hinsichtlich der Grundpfandrechte dem schon bisher fast durchweg geltenden Rechte an. Dagegen hat es im übrigen in den bisherigen Rechtszustand abändernd eingegriffen, da die sonstigen dinglichen Rechte nach den Landesgesetzen meist entweder ohne Eintragung vollwirksam begründet wurden[27] oder doch nicht zur Entstehung, sondern nur zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedurften[28]. Indes bleiben neben zwei vereinzelten reichsrechtlichen Ausnahmen[29] landesgesetzliche Ausnahmen in erheblichem Umfange möglich[30].

Der Eintragung bedarf es auch zur Übertragung und zur Belastung eines Rechtes an einem Grundstücke[31]. Doch gilt hiervon eine wichtige Ausnahme zugunsten der Briefgrundpfandrechte[32].

Die Eintragung ist ebenso erforderlich zu jeder rechtsgeschäftlichen Änderung des Inhalts eines Rechtes am Grundstücke[33].

Endlich kann die rechtsgeschäftliche Aufhebung eines ein

---

für Revenüenhypotheken (E.G. Art. 60), Erbpachtrechte (E.G. Art. 63) und Abbaurechte (E.G. Art. 68).

[27] So überall, aufser in Kurhessen, Nassau, Braunschw., Lübeck u. Teilen von Meckl., Grunddienstbarkeiten; in Bayern, Württ., Hessen, Baden, Hamburg u. Bremen dingliche Rechte überhaupt.

[28] So nach Preufs. E.E.G. § 12 und den verwandten Ges. alle nicht ausgenommenen, auf privatrechtlichem Titel beruhenden dinglichen Rechte (Personalservituten, Reallasten, Vor- und Wiederkaufsrechte, Nutzungspfand, Superfizies, Miete und Pacht, soweit sie nicht ohnehin dinglich wirkten); im Bezirk von Kassel auch Grunddienstbarkeiten. Nach Sächs. Gb. § 646 und den verwandten Ges. Personalservituten. Vgl. auch Braunschw. G. § 13 u. 16, Weimar. Pfandges. § 130 ff. — Nach Bayr. Hyp.G. § 22 ff. bedurften Personalservituten und Reallasten der Eintragung, um Hypotheken gegenüber zu wirken. Vgl. auch Württ. Pfandges. § 65 ff. — In Lübeck wurde die Eintragung von Servituten zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte gefordert; Lüb. G. § 49 ff.

[29] Eintritt des Niefsbrauchs und einer Sicherungshypothek am Grundstück kraft Surrogation nach B.G.B. § 1075 u. § 1287.

[30] So hinsichtlich der Bestellung von Dienstbarkeiten bei buchungsfreien Grundstücken; oben § 118 Anm. 16. Ferner hinsichtlich einer vereinbarten Belastung bei agrarrechtlichen Auseinandersetzungen (E.G. Art. 113), sowie der Begründung von Ablösungsrenten für den Staat oder eine öffentliche Anstalt (E.G. Art. 65). Desgleichen hinsichtlich der Bestellung von Kirchstuhlsrechten und Begräbnisrechten (E.G. Art. 133). Auch die dinglichen Anwartschaftsrechte an Haus- und Stammgütern, Lehen und Fideikommissen werden ohne Eintragung ins Leben gerufen (E.G. Art. 57—59).

[31] B.G.B. § 873 Abs. 1.

[32] B.G.B. § 1154, 1192, 1069, 1274.

[33] B.G.B. § 877; dazu § 880, 1109 Abs. 2, 1116, 1180, 1198, 1203.

Digitized by Google

Grundstück belastenden Rechtes nur durch dessen Löschung zustande kommen[34].

b. Immer aber ist die Eintragung nur Mittel, nicht Grund für den Eintritt der von ihr abhängigen Rechtsänderung. Das B.G.B. hat sich nicht den Landesgesetzen angeschlossen, die der Eintragung schlechthin rechtsbegründende und rechtsvernichtende Kraft beilegen und dem durch formgültige Eintragung geschädigten materiell Berechtigten nur einen persönlichen Anspruch auf Wiederherstellung seines Rechts oder auf Schadenersatz gewähren[35]. Vielmehr huldigt es dem im älteren deutschen Recht begründeten und in den meisten Landesgesetzen festgehaltenen Grundsatze, daſs die Eintragung den Eintritt der Rechtsänderung nur dann bewirkt, wenn die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Rechtsänderung verwirklicht sind[36]. Es fordert daher für die Änderung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage ein gültiges Rechtsgeschäft. Allein es bricht völlig mit dem System der älteren Landesgesetze, die den sachenrechtlichen Erfolg von dem Vorhandensein und der Gültigkeit des obligationenrechtlichen Titels abhängig machen, und führt aufs strengste den Gedanken durch, daſs die sachenrechtliche

---

[34] B.G.B. § 875. Ausnahmen gelten für die Grundpfandrechte wegen rückständiger Zinsen und Renten und anderer Nebenleistungen, sowie wegen Kosten; B.G.B. § 1178 Abs. 2, § 1192 Abs. 2, § 1200 Abs. 1. — Auf Rechte an Grundstücksrechten bezieht sich § 875 nicht; Nieſsbrauch und Pfandrecht an einem eingetragenen Recht erlöschen durch einfache Verzichtserklärung auch ohne Löschung; B.G.B. § 1072 u. § 1273 Abs. 2.

[35] So die Hyp.Ges. f. Lübeck § 15—16, f. Hamb. § 2—3 u. mehrere Mecklenb. G. (z. B. revid. Stadtbuch-O. § 36); für den Eigentumserwerb auch Sächs. Gb. § 278, was die herrschende Meinung verallgemeinerte, u. Anhalt. G. v. 9. Nov. 1875 § 1. Vgl. v. Meibom, Meckl. Hyp.R. S. 81 ff., Roth, D.P.R. III 45, Stobbe-Lehmann § 107 Anm. 35, Motive zum Entw. III 137 ff.; R.Ger. XXV Nr. 28.

[36] Dieser Grundsatz galt zweifellos nach dem Preuſs. E.E.G.; R.Ger. XXVIII Nr. 67, XXXVI Nr. 77, Förster, Grundbuchr. S. 185, Förster-Eccius § 178 Anm. 57 ff., Dernburg, Preuſs. P.R. I § 201, Roth III 46; a. M. Stobbe, Jahrb. f. D. XII 261 ff. u. D.P.R. 1. Aufl. II 181, der aber später (2. Aufl. des D.P.R.) seinen Widerspruch zurückgenommen hat. Ebenso nach hess. R.; Seuff. XXXIX Nr. 193. Auch nach österr. R., Strohal a. a. O. S. 3 Anm. 2, S. 163 Anm. 1, Randa, Eigent. I 543; a. M. Exner, Publizitätsprinzip S. 57 u. 70, Hyp.R. § 9. Überhaupt aber überall da, wo nicht ausdrücklich der Eintragung konstitutive Kraft beigelegt ist; Regelsberger, Bayr. Hyp.R. § 30, Hartmann, Jahrb. f. D. XVII 77 ff., Roth III 47, Stobbe-Lehmann II 394 ff.

Digitized by Google

Wirkungskraft einem selbständigen dinglichen Rechtsgeschäft und nur ihm innewohnt[37].

Erforderlich ist also aufser der Eintragung ein dingliches Rechtsgeschäft[38]. Handelt es sich um Übertragung des Eigentums, Belastung des Grundstücks mit einem Recht, Übertragung oder Belastung eines auf dem Grundstück ruhenden Rechts oder eine gleichstehende Änderung des Rechtsinhaltes, so bedarf es einer Willenseinigung der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung, also eines dinglichen Vertrages[39]. Der dingliche Ver-

[37] Dafs die Unterscheidung des dinglichen Rechtsgeschäftes vom obligationenrechtlichen Verpflichtungsgeschäft schon im älteren deutschen Recht begründet, dann aber besonders in der preufsischen Grundbuchgesetzgebung wieder durchgeführt und nach diesem Vorbilde im B.G.B. ausgebaut ist, haben wir oben in § 117 gesehen. Man bezeichnet das Prinzip, demzufolge die sachenrechtlichen Willenserklärungen ausreichen, auch als „materielles Konsensprinzip"; es ist scharf zu unterscheiden von dem für das Grundbuchamt mafsgebenden „formellen Konsensprinzip", das insoweit, als es sich mit dem materiellen Konsensprinzip nicht deckt, ordnungsmäfsige Eintragungen ermöglicht, die der rechtsändernden Kraft entbehren (oben § 118 VIII 3).

[38] Das dingliche Rechtsgeschäft bringt den gewollten sachenrechtlichen Erfolg nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit nachfolgender oder vorangegangener Eintragung zustande. Aber es schliefst den gesamten rechtsgeschäftlichen Willensinhalt, dem die Rechtsordnung die Kraft zur Gestaltung dinglicher Rechtsverhältnisse beilegt, in sich; die Eintragung ist nur eine nicht versagbare staatliche Vollzugshandlung und jede auf Herbeiführung der Eintragnng gerichtete Willenserklärung eines Beteiligten ist nur ein Mittel für die Invollzugsetzung. (Unrichtig ist es, wenn Endemann § 19 Z. 3 die Eintragungsbewilligung als selbständiges Erfordernis zwischen Einigung und Eintragung einschiebt.) Andererseits hat das dingliche Rechtsgeschäft als solches lediglich sachenrechtliche Wirkungen; es schafft ausschliefslich eine durch Eintragung realisierbare dingliche Rechtslage, begründet dagegen keinerlei Anspruch auf Leistung. Darum kann eine Klage auf Vollziehung nur aus dem zugrundeliegenden obligationenrechtlichen Geschäft hergeleitet werden; Planck zu § 873 Bem. III 4, Predari S. 110, Turnau-Förster zu § 973 Bem. III II 1, Biermann Bem. 3, Küntzel bei Gruchot XLII 98, Eccius ebenda XLIV 764, XLVII 94, Bruck, Einigung (vgl. die folgende Anm.) S. 10, Ortlieb, Einigung (vgl. die folg. Anm.) S. 32 ff. A. M. Böhm S. 526, Strecker S. 36, Oberneck S. 183 ff., Fuchs zu § 873 Bem. 28, Kober Bem. VII c. Auch ein besonderer dinglicher Anspruch, wie Endemann § 16 u. 21 meint, entsteht nicht. — Über die Unmöglichkeit eines dinglichen Vorvertrages vgl. R.Ger. XLVIII Nr. 31.

[39] B.G.B. § 873 Abs. 1, § 877. Die „Einigung" ist, wenn auch der im Entw. I § 828 gebrauchte Ausdruck „Vertrag" gestrichen ist, nach dem in der vorigen Anm. Gesagten ein echter Vertrag. Vgl. Endemann § 19, Böhm S. 14, Männer S. 44, Predari S. 109, Cosack § 176, O. Lehmann § 37, Fuchs I 39 ff., Turnau-Förster I 90, Biermann, Kober, Planck zu

Digitized by Google

trag ist in den Fällen der Eigentumsübertragung, der Belastung des Grundstücks mit einem Erbbaurecht oder einem gleichgestellten Recht und der Übertragung eines solchen oder eines andern als selbständige Gerechtigkeit gebuchten Rechts an die feierliche Form der Auflassung gebunden[40]. In allen anderen Fällen ist er formfrei, bindet aber vor der Eintragung die Beteiligten nur, wenn ihre Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamte abgegeben oder ihm eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine formgerechte Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat[41]. Handelt es sich um die Aufhebung eines eingetragenen Rechts, so genügt ein dinglicher Verzicht in Gestalt einer einseitigen Erklärung des Berechtigten, dafs er das Recht aufgebe[42]. Diese Erklärung mufs entweder dem Grundbuchamte oder dem anderen Teile gegenüber abgegeben werden[43]. Sie ist formfrei, bindet jedoch vor der Löschung nur, wenn sie entweder dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben oder

§ 873; K.Ger. XXII 147. — Abweichend Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des B.G.B. Berlin 1900; Eccius b. Gruchot XLVII 51 ff.; G. Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag, Berlin 1904. Nach Bruck ist die Einigung eine besondere Art von Rechtsgeschäft (S. 14 u. 52). Ortlieb sieht in ihr überhaupt kein Rechtsgeschäft, sondern nur einen konsensualen Bestandteil eines „dinglichen Realvertrages", dessen realer Bestandteil die Eintragung ist (S. 34 ff.). Eccius erkennt die Einigung weder als Vertrag noch auch nur als Vertragsbestandteil an.

[40] B.G.B. § 925, 1015, 1017; E.G. Art. 62, 68, 196.

[41] B.G.B. § 873 Abs. 2; dazu über die vielfach streitigen Einzelfragen Fuchs S. 59 ff., Biermann S. 47, Planck S. 85 ff. — Bis zum Eintritt der Bindung ist der dingliche Vertrag für jeden Teil frei widerruflich, im übrigen dagegen vollwirksam; nach erfolgter Eintragung hat daher die formlose Einigung gleiche Kraft, wie die formelle. Tritt die Bindung ein, so ist die einzige Folge, dafs die Widerruflichkeit wegfällt und somit der dingliche Vertrag seine normale Kraft empfängt. Keineswegs dagegen entspringt aus der Bindung, wie die oben Anm. 36 a. E. genannten Anhänger der Klagbarkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts meinen, ein Anspruch auf Leistung; denn auch der bindende dingliche Vertrag enthält als solcher kein Versprechen. Ebensowenig bewirkt, wie Koffka, Festgabe f. Wilke S. 173 ff., ausführt, die Bindung eine Verfügungsbeschränkung; vgl. dagegen Biermann S. 48, Ortlieb S. 34 ff., R.Ger. LV 342. Vielmehr wird nach wie vor der Bindung auf Grund einer widerstreitenden späteren Einigung durch frühere Eintragung auch für den, der die Sachlage kannte, dingliches Recht begründet.

[42] B.G.B. § 875 Abs. 1 S. 1. Auch diese Willenserklärung hat lediglich sachenrechtlichen Inhalt und begründet keinen Anspruch.

[43] B.G.B. § 875 Abs. 1 S. 1. — Zum Aufgeben des Eigentums ist die Erklärung des Verzichts dem Grundbuchamte gegenüber erforderlich; § 928 Abs. 1.

Digitized by Google

durch Aushändigung einer formgerechten Löschungsbewilligung vollzogen ist[44]. Wird aber durch die Aufhebung des Rechts das dingliche Recht eines Dritten berührt, so ist überdies dessen Zustimmung unerläfslich[45]. In einigen Fällen ist auch zum Rechtserwerbe eine einseitige Willenserklärung ausreichend[46]. Ersetzt wird jede erforderliche Erklärung durch ein auf ihre Abgabe lautendes gerichtliches Urteil[47].

c. Sobald die Eintragung mit einem wirksamen dinglichen Rechtsgeschäft zusammentrifft, tritt die Rechtsänderung ein. Dies auch dann, wenn ein Rechtsgrund dafür fehlt oder der angegebene oder vorausgesetzte Rechtsgrund ungültig ist oder bei der Willenseinigung keine Übereinstimmung über den Rechtsgrund besteht. Denn das dingliche Rechtsgeschäft ist als abstrakter Vertrag oder abstrakte Verfügung von seinem Rechtsgrunde losgelöst[48]. Nur ein persönlicher Anspruch auf Rückübertragung des erworbenen, Wiederaufhebung des entstandenen oder Wiederherstellung des erloschenen dinglichen Rechts durch Abgabe der erforderlichen Erklärungen behufs Änderung der Bucheinträge kann noch aus dem Grunde der ungerechtfertigten Bereicherung oder der unerlaubten Handlung geltend gemacht werden. Ebenso wird die sachenrechtliche Wirkung des dinglichen Rechtsgeschäfts dadurch nicht gehindert, dafs der Erwerber von dem widerstreitenden

[44] B.G.B. § 875 Abs. 2. Die Bindung bedeutet auch hier nur Wegfall der Widerruflichkeit, erzeugt dagegen weder eine Klage auf Löschung noch eine Verfügungsbeschränkung. — Zur obligationenrechtlichen Bindung genügt natürlich formloser Verzicht; R.Ger. b. Seuff. LIX Nr. 183.

[45] Daher ist stets die Zustimmung dessen erforderlich, zu dessen Gunsten das aufzuhebende Recht mit einem Rechte belastet ist. Zur Aufhebung eines Realrechts bedarf es auch der Zustimmung dessen, dem ein Recht am berechtigenden Grundstück zusteht, es müfste denn dieses Recht (wie z. B. ein Niefsbrauch durch Aufhebung eines realen Vorkaufsrechts oder ein Wegerecht durch Aufhebung einer Grunddienstbarkeit oder eines realen Rentenrechts) nicht berührt oder die Zustimmung durch ein landesrechtlich zugelassenes behördliches Unschädlichkeitszeugnis ersetzt werden. Zur Aufhebung eines Grundpfandrechts ist überdies stets die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Vgl. B.G.B. § 876, § 1183; E.G. Art. 120 Abs. 2 Z. 2 und oben Anm. 16.

[46] So zum Eigentumserwerbe in den Fällen des B.G.B. § 927 Abs. 2 und § 928 Abs. 2, sowie zur Begründung einer Hypothek für eine Forderung aus einem Inhaberpapier, einer Inhabergrundschuld und einer Eigentümergrundschuld nach § 1188 Abs. 1, § 1195 u. § 1196 Abs. 2.

[47] C.Pr.O. § 894—898. Vgl. Preufs. E.E.G. § 3, 14, 19 Z. 2, 53, 65 Abs. 2.

[48] Dies war in Entw. I § 829 ausdrücklich gesagt, ist aber als selbstverständlich gestrichen. Es galt schon nach preufs. R.; R.Ger. XXXIV Nr. 77.

Digitized by Google

persönlichen Rechte eines Dritten Kenntnis hatte[49]. Der geschädigte Dritte behält auch hier nur einen persönlichen Anspruch, der sich wiederum auf Übertragung des ungerechtfertigter Weise erworbenen Rechtes richten kann.

Dagegen tritt in Ermangelung eines wirksamen dinglichen Rechtsgeschäfts die Rechtsänderung trotz ihrer Eintragung nicht ein[50]. Kommt das dingliche Rechtsgeschäft erst nach der Eintragung zustande, so vollzieht sich erst in diesem Zeitpunkte die Rechtsänderung[51]. Ist es überhaupt nicht vorhanden oder ist es nichtig, so ist auch das eingetragene Rechtsverhältnis rechtlich nicht vorhanden[52]. Ist es anfechtbar, so ist auch das eingetragene Rechtsverhältnis der Anfechtung ausgesetzt und stellt sich im Falle erfolgreicher Anfechtung als niemals existent geworden heraus[53]. Trotz der Eintragung geht daher das Eigentum nicht über, wenn die Auflassung überhaupt nicht oder nicht formgerecht oder nicht von der rechten Person vollzogen oder wegen Mangels der Geschäftsfähigkeit oder der Verfügungsmacht oder wegen eines ihr anhaftenden Willensmangels unwirksam ist oder wird[54]. Trotz der Eintragung wird das begrenzte dingliche Recht nicht begründet, übertragen oder belastet, wenn die erforderliche Einigung fehlt oder nach den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts der Wirksamkeit entbehrt[55]. Trotz der Löschung geht das Recht am Grundstück nicht unter, wenn der Berechtigte nicht oder nicht wirksam

---

[49] Wie schon nach Preuſs. E.E.G. § 4 u. 15; vgl. R.Ger. II Nr. 81, XVIII Nr. 64. Auch die Kenntnis von einer bereits einem Dritten gegenüber eingetretenen dinglichen Gebundenheit schadet nicht; oben Anm. 41 u. 44.

[50] Auch nicht, wenn die Eintragung nach den Vorschriften der Grundbuchordnung erfolgen muſste; oben § 118 Anm. 46 u. 50.

[51] Nur hinsichtlich des Ranges eines eingetragenen Rechts findet Rückziehung auf den Zeitpunkt der Eintragung statt; B.G.B. § 879 Abs. 2.

[52] So auch bei der Eintragung auf Grund eines Scheingeschäfts gemäſs B.G.B. § 117 (anders Entw. I § 832). Bestritten ist, inwieweit der dingliche Vertrag trotz seiner abstrakten Natur auch wegen eines Verstoſses gegen die guten Sitten nach § 138 nichtig sein kann; jedenfalls unrichtig ist es, wenn Bruck a. a. O. S. 65 u. Ortlieb a. a. O. S. 71 diese Möglichkeit ganz verneinen; vgl. dagegen Dernburg § 64 a. E. (der aber in der Hineinziehung des Kausalgeschäftes zu weit geht), Neubecker, Arch. f. b. R. XX 67 ff., Planck zu § 873 Bem. 5a, R.Ger. XLVIII 293.

[53] Gemäſs B.G.B. § 142. Bis zur Anfechtung dagegen ist das Grundbuch richtig.

[54] Beispiele für das preuſs. R. in Entsch. des R.Ger. XX Nr. 51, XXVIII Nr. 67, XXXV Nr. 43, XXXVI Nr. 77.

[55] Vgl. R.Ger. XXIII Nr. 58.

Digitized by Google

den Verzicht erklärt oder wenn der Zustimmungsberechtigte nicht zugestimmt hat[56]. Doch wird die Wirksamkeit der einmal abgegebenen dinglichen Erklärung durch den Eintritt einer Verfügungsbeschränkung dann nicht mehr berührt, wenn bereits vorher die Erklärung für den Erklärenden bindend geworden und der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte gestellt war[57].

2. Änderungen der dinglichen Rechtslage, die unabhängig von einem darauf gerichteten Rechtsgeschäft eintreten, kommen regelmäfsig ohne Eintragung zustande. Das B.G.B hat sich nicht den Landesgesetzen angeschlossen, die den Erwerb des Eigentums an einem Grundstück schlechthin an Eintragung banden[58]. Vielmehr läfst es das Grundeigentum unmittelbar durch Erbfolge und sonstige Gesamtnachfolge übergehen[59]. Unmittelbar geht ferner das Eigentum durch Zuschlag im Wege der Zwangsversteigerung über[60]. Dazu kommen mancherlei landesgesetzlich anerkannte unmittelbare Eigentumserwerbsarten, wie der Erwerb kraft Enteignung, der Erwerb durch Lehns- oder Fideikommifsfolge und die besonderen Erwerbsarten des Agrarrechts, des Wasserrechts und des Bergrechts[61]. Auch die Begründung begrenzter dinglicher Rechte an einem Grundstück erfolgt, soweit sie überhaupt ohne rechtsgeschäftliche Bestellung stattfindet, der Regel nach ohne Ein-

[56] R.Ger. XIX Nr. 56. Bei nachträglicher Zustimmung tritt das Erlöschen nachträglich ein.

[57] B.G.B. § 878. So insbesondere für den Fall der Konkurseröffnung (abweichend früher R.Ger. XXVIII 283) und der Beschlagnahme. — Der Tod oder der Verlust der Geschäftsfähigkeit hat nach B.G.B. § 130 überhaupt keinen Einflufs auf die Wirksamkeit einer vorher abgegebenen Willenserklärung.

[58] So das Sächs. Gb. § 276—277 nebst den Ges. f. Altenburg und beide Reufs, sowie das hamb., lüb. u. mecklenb. Recht.

[59] B.G.B. § 1922 (Erbfolge), § 45 u. 88 (Anfall des Vermögens einer erloschenen juristischen Person), § 1438 (Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft), § 2033 (Verfügung eines Miterben über seinen Erbteil), § 738 (Anwachsung eines Anteils am Gesellschaftsvermögen), § 1490—1491 (Anwachsung von Anteilen am Gesamtgut). Der Eigentumserwerb ist hier auch insoweit, als der Eintritt der Gesamtnachfolge auf Rechtsgeschäft (Testament, Ehevertrag, Erbteilsveräufserung) beruht, kein rechtsgeschäftlicher, da das Rechtsgeschäft sich nicht auf das einzelne Grundstück richtet. Die auf das einzelne Grundstück gerichtete Verfügung von Todes wegen vermag nach dem B.G.B. Eigentum nicht zu verschaffen (§ 2174).

[60] Zw.V.G. § 90.

[61] E.G. Art. 109, 59, 113, 65—67. Davon später.

Digitized by Google

tragung[62]. Der Übergang dinglicher Rechte vollzieht sich nicht nur in den Fällen der Gesamtnachfolge, sondern auch vielfach kraft gesetzlicher Sondernachfolge unabhängig von der Umschreibung[63]. Selbständige Erlöschungsgründe sind für alle begrenzten Rechte an einem Grundstück der Eintritt einer auflösenden Bedingung oder Frist, der lastenfreie Zuschlag und nach Landesrecht die Enteignung[64]. Dazu treten für die einzelnen Arten solcher Rechte nach Reichs- oder Landesrecht mancherlei andere Fälle, in denen die Beendigung oder auch eine inhaltliche Umwandlung ohne Eintragung erfolgt[65]. Alle derartige Änderungen der dinglichen Rechtslage werden durch Eintragung nur buchmäfsig bekundet; die Eintragung hat hier die Natur einer Berichtigung des Grundbuchs.

Ausnahmsweise kommen gewisse nicht rechtsgeschäftliche Änderungen nur durch Eintragung zustande. Dies gilt namentlich für die Begründung einer Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung[66] oder auf Grund eines gesetzlichen Pfandtitels[67]. Fast durchweg ist ferner die liegenschaftsrechtliche Ersitzung durch Eintragung und die liegenschaftsrechtliche Versitzung durch Löschung bedingt[68].

IV. Wirksamkeit gegen Dritte. Während nach bisherigem Rechte vielfach Rechte an Grundstücken ohne Eintragung entstanden, jedoch erst durch Eintragung Wirksamkeit gegen Dritte erlangten[69], ist dem B.G.B. eine derartige Wirkungsweise der Eintragung unbekannt. Dagegen ist nach dem geltenden deutschen Recht, wie dies auch im bisherigen Rechte vorkam[70], die Ein-

---

[62] So bei der Belastung kraft Enteignung oder kraft agrarrechtlichen Eingriffs und bei der Begründung von Ablösungsrenten (E.G. Art. 114).

[63] So bei Grundpfandrechten in den Fällen des B.G.B. § 1143, 1163, 1164, 1168, 1170.

[64] B.G.B. § 158 u. 163, Zw.V.G. § 91, E.G. zu B.G.B. Art. 109 u. 113.

[65] So für den Niefsbrauch, die begrenzten persönlichen Dienstbarkeiten und gewisse Reallasten der Wegfall des Subjekts; für personale Vorkaufsrechte und Reallasten das Ausschlufsurteil im Aufgebotsverfahren (B.G.B. § 1104 u. 1112); für Grundpfandrechte die Befriedigung aus dem Grundstück (B.G.B. § 1181) und hinsichtlich rückständiger Zinsen oder Renten und Kosten auch die Vereinigung (§ 1178 Abs. 1); für Grunddienstbarkeiten und Reallasten die Umwandlung und Ablösung nach Landesrecht (E.G. Art. 113).

[66] C.Pr.O. § 867, Zw.V.G. § 128. Ausnahme im Falle der C.Pr.O. § 848.

[67] B.G.B. § 648, E.G. Art. 91, Freiw. G.G. § 54.

[68] Vgl. unten X S. 331 ff.

[69] Vgl. oben Anm. 28.

[70] So nach dem Preufs. E.E.G. § 11 u. 49 für Eigentums- und Verfügungs-

Digitized by Google

tragung regelmäſsig erforderlich, um dinglichen Rechtsverhältnissen, die ohne Eintragung entstanden und an sich gegen Dritte wirksam sind, diese Wirksamkeit auch gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs und somit auch gegen jeden gutgläubigen Dritten zu verschaffen[71]. In dieser Richtung sind alle eintragungsfähigen Rechte zugleich eintragungsbedürftig[72], soweit nicht durch vorbehaltenes Landesrecht eine Ausnahme gemacht ist[73]. Ebenso aber bedarf jede durch Gesetz, behördliche Verfügung oder Rechtsgeschäft in Ansehung eines Rechtes an einem Grundstücke zugunsten bestimmter Personen begründete Verfügungsbeschränkung einschlieſslich der für Haus- und Stammgüter, Lehen und Familienfideikommisse geltenden Veräuſserungs- und Belastungsbeschränkungen der Eintragung, um gegen gutgläubige Dritte zu wirken[74]. Dies trifft auch die zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs bereits

beschränkungen; vgl. Anh. G. § 3 u. 5. Nach Lüb. Hyp.O. § 49 für alle Verfügungs- und Benutzungsbeschränkungen einschlieſslich der Servituten. Nach bayr. R. für Eigentumsvorbehalte; vgl. Regelsberger § 54.

[71] Gemäſs B.G.B. § 892.

[72] Somit auch der Erwerb von Eigentum oder sonstigem Recht durch Erbfolge oder andere Gesamtnachfolge, durch Enteignung oder kraft agrarrechtlicher Vorgänge, die Vergemeinschaftung durch Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft, die Belastung mit einem Nieſsbrauch im Falle des B.G.B. § 1075 oder mit einer Sicherungshypothek in den Fällen des B.G.B. § 1287 u. der C.Pr.O. § 848. — Dagegen wird der öffentliche Glaube des Buches durch nicht eintragungsfähige Rechte, wie die ehemännliche Verwaltung und Nutznieſsung und die elterliche Nutznieſsung, gebrochen.

[73] So gemäſs E.G. Art. 114 für Ablösungsrenten, nach Enteignungsrecht für gesetzliche Vorkaufsrechte, nach Bergrecht für gewisse Gebrauchs- und Nutzungsrechte; vgl. Preuſs. A.G. z. B.G.B. Art. 22; Näheres unten § 128 XI, § 142 Anm. 42—44, § 148 Anm. 54. Ferner wirken alle öffentlichen Lasten einschlieſslich der Deich- und Siel-, Wassergenossenschafts-, Kirchen- und Schullasten selbst dann, wenn sie eintragungsfähig sind, auch uneingetragen schlechthin gegen Dritte; vgl. unten § 148 Anm. 47.

[74] Gemäſs B.G.B. § 892 u. E.G. Art. 61. Dahin gehören die Verfügungsbeschränkungen infolge Eröffnung des Konkurses (K.O. § 7), Anordnung der Nachlaſsverwaltung (B.G.B. § 1984), Beschlagnahme für Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung (Zw.V.G. § 20, 148), einstweiliger Verfügung; die Verfügungsbeschränkungen, die den Vorerben zugunsten des Nacherben treffen (B.G.B. § 2113, 2129), sowie die Beschränkungen des Erben durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers (B.G.B. § 2211); die Abhängigmachung eines Rechtes von Bedingung oder Zeitbestimmung. — Dagegen sind Verfügungsbeschränkungen, die im öffentlichen Interesse bestehen, wie die aus Str.G.B. § 93 oder Str.Pr.O. § 332 ff., 480 und die durch E.G. Art. 117 u. 119 vorbehaltenen landesgesetzlichen Beschränkungen der Belastung, Veräuſserung, Teilung und Zusammenschlagung, weder eintragungsfähig noch eintragungsbedürftig.

Digitized by Google

bestehenden Rechte und Verfügungsbeschränkungen[75]. Hiervon gilt indes eine wichtige Ausnahme zugunsten der Grunddienstbarkeiten[76]. Weitere Ausnahmen zugunsten bestehender gesetzlicher Pfandrechte (jedoch nur bis zum 1. Januar 1910) und für die als dingliche Rechte bestehenden Miets- und Pachtrechte können durch landesherrliche Verordnung gemacht werden[77].

V. Erlangung der Verfügungsmacht. Nach bisherigem Recht war vielfach in den Fällen, in denen Eigentum oder sonstiges dingliches Recht ohne Eintragung erworben wird, die Eintragung erforderlich, um die rechtliche Verfügungsmacht über das erworbene Recht zu erlangen[78]. Das B.G.B. macht die Gültigkeit einer Verfügung des wahren Eigentümers oder Berechtigten in keinem Falle davon abhängig, dafs sein Recht eingetragen ist[79]. Allein regelmäfsig bedarf der Eigentümer zur Übertragung seines Eigentums oder zur Belastung des Grundstücks, der sonst am Grundstück Berechtigte zur Übertragung oder Belastung seines Rechts der Eintragung, da ohne seine vorherige Eintragung die Rechtsänderung nicht eingetragen werden soll und somit bei ordnungsmäfsigem Verfahren des Grundbuchamtes nicht zustande kommen kann[80].

VI. Rangbestimmung. Die Eintragung ist das Mittel für die Bestimmung des Rangverhältnisses zwischen mehreren ein

---

[75] E.G. Art. 168.

[76] E.G. Art. 187. Näheres unten § 144 II a. E.

[77] E.G. Art. 188. Für Miets- und Pachtrechte hat die Preufs. A.V. Art. 9 von dem Vorbehalt Gebrauch gemacht.

[78] So konnte nach Preufs. E.E.G. § 5 der nicht eingetragene Eigentümer das Grundstück weder übereignen noch belasten; eine Ausnahme bestand nur für Miterben und auch für sie nur hinsichtlich der Auflassung. Vgl. Nassau. Stockbuchges. § 7, Meining. G. Art. 1—2, Meckl. revid. Stadtb.O. § 7—8, Anh. G. § 7, Oldenb. G. § 13; Hess. R. b. Seuff. XXVIII Nr. 215 S. 276; für das Bergwerkseigentum auch Sächs. G. v. 16. Juni 1868 § 48. — Wo die Übereignung durch Tradition oder bloſsen Vertrag erfolgte, konnte der nicht eingetragene Eigentümer das Grundstück übereignen, aber nicht verpfänden; oben § 117 Anm. 70 u. 87, Bayr. Hyp.G. § 26, Württ. Pfandges. Art. [illegible] u. 60.

[79] R.Ger. LIV Nr. 95. Anders Entw. I § 828. Übrigens hat das R.Ger. XI Nr. 75 auch für das preuſsische R. im Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes eine auf Grund der Bestellung seitens des nicht eingetragenen Eigentümers eingetragene Hypothek als gültig anerkannt.

[80] Oben § 118 VIII 5; dort auch über die Ausnahmen. — Zur Verfügung über den Bestand des Grundstücks durch Abschreibung eines Trennstücks bedarf der Eigentümer der Eintragung nicht; Seuff. LIX Nr. 261.

Digitized by Google

Grundstück belastenden Rechten[81]. Unter Rechten, die in derselben Abteilung des Grundbuchs eingetragen sind, wird durch die frühere Stelle in der Reihenfolge der Einträge ein Vorrang begründet; sind Rechte in verschiedenen Abteilungen eingetragen, so hat das unter Angabe eines früheren Tages eingetragene Recht den Vorrang, während bei gleicher Datierung gleicher Rang besteht[82]. Eine abweichende Rangbestimmung mufs besonders eingetragen werden[83].

Das B.G.B. läfst allgemein eine dinglich wirksame nachträgliche Rangänderung zu[84]. Die Rangänderung fordert einen dinglichen Vertrag zwischen den beteiligten Berechtigten und die Eintragung[85]; überdies aber, wenn das zurücktretende Recht mit

---

[81] Die Eintragung entscheidet auch dann, wenn das Recht erst später entstanden ist; oben Anm. 51 und unten Anm. 126. Daher erst recht, wenn das Recht von einer Bedingung oder Befristung abhängt.

[82] B.G.B. § 879 Abs. 1. Ebenso Preufs. E.E.G. § 17, 34 u. 36, Sächs. Gb. § 434, Meckl. R., Lüb. G. § 37, Hamb. § 37. Andere Gesetze sehen immer auf die Zeitfolge; Roth, D.P.R. III § 319 Anm. 5. — Die Vorschriften der Grundbuchordnung (oben § 118 Anm. 42—43 u. 58) sorgen dafür, dafs bei ordnungsmäfsigem Verfahren jedes Recht den ihm gebührenden Rang erhält. Bei ordnungswidrigem Verfahren aber ist das Grundbuch nicht unrichtig; die Einreihung oder Datierung im Grundbuch wirkt konstitutiv.

[83] B.G.B. § 879 Abs. 3. Diese Eintragung bewirkt das Rangverhältnis nur in Verbindung mit einer wirksamen Einigung; fehlt es an einer solchen, so ist das Grundbuch unrichtig; vgl. Planck zu § 879 Bem. 4a; a. M. Biermann zu § 879 Bem. 2.

[84] B.G.B. § 880 Abs. 1; K.Ger. XXI S.A 306, Rechtspr. der O.L.G. III 329. — Das bisherige Recht kannte nur im Verhältnis von Hypotheken und Grundschulden eine sehr verschieden aufgefafste Vorrechtseinräumung (Prioritätsabtretung, Vorzugszession); vgl. Strohal, Die Prioritätsabtretung, Graz 1880; Paris, Die Lehre von der Prioritätsabtretung nach deut. Hyp.R., 1883; Schöller, Die Vorrechtseinräumung nach heut. preufs. Grundbuchr., 1895; Dernburg, Hyp.R. II 275 ff.; Regelsberger, Hyp.R. § 91; Römer, Pfandr. § 52; Exner, Hyp.R. § 64; Roth, D.P.R. III § 312.

[85] B.G.B. § 880 Abs. 2. Es gelten gleiche Regeln wie bei der Änderung des Rechtsinhalts. Dem Grundbuchamt gegenüber genügt die Bewilligung des Zurücktretenden; K.Ger. XXI S.A 306. Damit aber die Rangänderung zustande komme, mufs eine wirksame Einigung vorliegen. Die Eintragung hat bei beiden Rechten zu erfolgen, doch ist nur die Eintragung bei dem zurücktretenden Recht wesentlich. — Die Eintragung war schon bisher nach Sächs. Gb. § 440, Hess. Pfandges. Art. 101, Altenb. H.O. § 187, Weimar. Pfandges. § 147 erforderlich; ebenso nach österr. R., Exner § 64 Anm. 13. Nach Preufs. E.E.G. § 35 bedurfte es ihrer nur zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte; R.Ger. IX Nr. 67. Ebenso nach Bayr. Hyp.G. § 62, Württ. Pfandges. Art. 104; vgl. Regelsberger S. 443 ff.

Digitized by Google

dem Recht eines Dritten belastet ist, die Zustimmung des Dritten [86] und, sobald ein Grundpfandrecht zurücktreten soll, die Zustimmung des Eigentümers [87]. Die dazwischenstehenden Rechte werden durch die Rangänderung nicht berührt [88]. Durch rechtsgeschäftliche Aufhebung des zurücktretenden Rechts geht dem vortretenden Recht der ihm eingeräumte Rang nicht verloren [89]. Im übrigen fällt mit dem Wegfalle eines der beiden Rechte auch die Wirkung der Rangänderung weg [90]. Denn die Berechtigten haben nicht ihre Rechte am Grundstücke, sondern nur die damit verbundenen Rechte auf Befriedigung an bestimmter Stelle ausgetauscht [91].

---

[86] B.G.B. § 880 Abs. 3; vgl. oben Anm. 45.

[87] B.G.B. § 880 Abs. 2. So schon bisher nach meckl. R., v. Meibom S. 264. Die übrigen Gesetze kennen dies Erfordernis nicht; soweit aber das Recht des Eigentümers auf Erwerb der Hypothek verkümmert worden wäre, wurde ihm gleichwohl geholfen; R.Ger. IX Nr. 67, Dernburg II 283 ff., Schöller a. a. O. S. 57 ff., Regelsberger S. 445.

[88] B.G.B. § 880 Abs. 5. Vgl. Preufs. E.E.G. § 35, Bayr. H.G. § 62, Regelsberger S. 441 ff. Darum bedarf es keiner Zustimmung der Zwischenberechtigten, wie sie Entw. I § 841 fordern wollte.

[89] B.G.B. § 880 Abs. 4. Ebenso schon Sächs. Gb. § 440, Weim. Pfdges. § 147. Im übrigen nahmen für das bisherige Recht die Meisten das Gegenteil an; so Regelsberger S. 442 ff., Stobbe II § 113 Anm. 45, Roth III 650; für das preufs. R. O.Trib. VI 359 u. b. Strieth. LXXXIX 191, R.Ger. XVI Nr. 57, Achilles S. 227, Turnau I 371, Förster-Eccius § 199 a; für das österr. R. Exner § 65 II. Andere folgerten den im B.G.B. ausgesprochenen Satz schon bisher aus Zweck und Wesen der Prioritätseinräumung; so bes. Strohal S. 79 ff. u. Dernburg S. 287 ff.

[90] Immer also gewinnt das zurücktretende Recht durch Erlöschen des vortretenden Rechts seinen alten Rang zurück; vgl. auch Dernburg II 283. Aber auch das vortretende Recht büfst seinen Vorrang ein, wenn das zurücktretende Recht auf einem anderen als rechtsgeschäftlichem Wege (z. B. ein Niefsbrauch durch Tod) erlischt.

[91] In dem bisherigen Streit, ob die Prioritätseinräumung nur eine Obligation mit dinglicher Wirkung erzeugt, wie dies namentlich in Preufsen von der herrschenden Meinung angenommen wurde (vgl. R.Ger. XIX 341), oder eine dingliche Rechtsänderung enthält, hat sich das B.G.B. für die zweite Ansicht entschieden. Aber die dingliche Rechtsänderung besteht nicht nur nicht in einem Rechtstausch, sondern auch nicht (wie nach Sächs. Gb. § 440 u. Weimar. Pfdges. § 147) in einem endgültigen Stellentausch. Vielmehr behandelt das B.G.B. den Rang als ein für sich wertvolles dingliches Nebenrecht, das für sich abgetreten werden kann und dann in einem bestimmten Falle das Hauptrecht zu überdauern vermag, im übrigen aber vom Bestande des Hauptrechts abhängig bleibt. Ähnlich Fuchs Bem. 11 u. Biermann Bem. 3 zu § 880, die aber eine auflösend bedingte gegenseitige Rangabtretung annehmen. Dernburg, B.R. III 217 II, spricht von Stellentausch. Planck zu § 880 Bem. II 1 konstruiert eine Belastung des zurücktretenden Rechts

Digitized by Google

Der Eigentümer kann bei der Belastung des Grundstücks durch einen bei dem eingetragenen Rechte eingetragenen Rangvorbehalt auch einem künftig einzutragenden Rechte den Vorrang vor dem zunächst eingetragenen Rechte sichern[92]. Doch wird durch eine vorbehaltlose Zwischeneintragung (z. B. im Wege der Zwangsvollstreckung) der Vorrang des später eingetragenen Rechts insoweit entkräftet, als das zurückgesetzte Recht infolge der Zwischenbelastung über den Vorbehalt hinaus beeinträchtigt werden würde[93].

Durch Eintragung kann auch mit dinglicher Wirkung der Höchstbetrag des Ersatzes bestimmt werden, der im Falle der Zwangsversteigerung für ein durch Zuschlag erlöschendes Recht, das auf Wertersatz aus dem Erlöse angewiesen ist, geleistet werden soll[94].

Einen gesetzlichen Vorrang kann das Landesrecht einem dinglichen Rentenrecht oder Grundpfandrecht einräumen, das dem Staat oder einer öffentlichen Anstalt wegen eines zur Verbesserung

---

zugunsten des vortretenden. Kober zu § 880 Bem. II nimmt einen Verzicht des Zurücktretenden zugunsten des Vortretenden an.

[92] B.G.B. § 881 Ab. 1—3. Das Recht, für das der Vorrang vorbehalten wird, muſs dem Umfange nach bestimmt sein. Die Befugnis, es mit dem Vorrang eintragen zu lassen, geht mit dem Grundeigentum über. — Die Eintragung eines Rangvorhalts war schon in Bayern (Hyp.G. § 150, Regelsberger § 62), Mecklenburg (v. Meibom § 18 Anm. 35) u. Weimar (Pfdges. § 147) gestattet und galt auch in Preuſsen als zulässig (Dernburg, H.R. II 273 ff.).

[93] B.G.B. § 881 Abs. 4. Über die seltsamen Folgen, die sich daraus ergeben, daſs nun der mit Vorrang Eingetragene, wenn der Versteigerungserlös den Betrag der zurückgesetzten Post nicht übersteigt, an erster Stelle und somit möglicherweise allein befriedigt wird, dagegen bei höherem Versteigerungserlöse insoweit, als dieser ein Ausfallen sowohl der zurückgesetzten Post wie der Zwischenpost ausschlieſst, hinter beiden zurückstehen muſs und somit möglicherweise nichts erhält, vgl. bes. Fuchs zu § 881 Bem. 9, Planck Bem. 5 b, Biermann Bem. 2, Kober Bem. III, Cosack § 176 I 1 b β, Dernburg § 217 III („so wirkt diese Kreditform wie ein Spiel"), Serini, Rangvorbehalt und Zwischenhypothek, München 1900. Übrigens kann sich Ähnliches bei irrtümlicher Löschung ergeben. Wären z. B. an erster Stelle 1000 Mk. für A., an zweiter Stelle 1000 Mk. für B., hierauf nach irrtümlicher Löschung der ersten Post an dritter Stelle 1000 Mk. für den gutgläubigen C. eingetragen, so würde A. nach Berichtigung des Grundbuchs, wenn der Erlös 1000 Mk. beträgt, voll befriedigt werden, dagegen bei einem Erlös von 2000 Mk. leer ausgehen.

[94] B.G.B. § 882. Grundpfandrechte und alle Rechte, die mit einer festen Summe ablösbar sind, kommen hierbei nicht in Betracht.

Digitized by Google

des belasteten Grundstücks gegebenen Darlehns (Meliorationsdarlehens) zusteht[95].

Der Rang dinglicher Rechte, die ohne Eintragung bestehen, richtet sich, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist, nach der Zeitfolge ihrer Entstehung[96].

VII. Nichterlöschen durch Vereinigung. Nach einer allgemeinen Bestimmung des B.G.B. erlischt ein Recht an einem fremden Grundstücke nicht dadurch, dafs der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum des Grundstücks erwirbt. Dieser dem römischen Recht schroff widersprechende Satz wurzelt im Grundbuchrecht, das die äufsere Verselbständigung der objektiven Seite des Rechtsbestandes ermöglicht, gilt aber unabhängig von der Eintragung. Somit kann ein begrenztes dingliches Recht jeder Art als Recht an eigner Sache vorkommen[97].

VIII. Vermutung aus der Eintragung. Ist im Grundbuch für Jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, dafs ihm das Recht zustehe; ist ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, dafs das Recht nicht bestehe[98]. Diese Vermutung, die sich auf das Eigentum und alle begrenzten dinglichen Rechte erstreckt[99], gilt zum Unterschiede von der fahrnis-

[95] E.G. Art. 118; vgl. Preufs. A.G. Art. 21, Bayr. Art. 170, Sächs. § 30, Kob.-Goth. Art. 38, Rudolst. Art. 122; dazu unten § 151 Anm. 66. — Zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte ist die Eintragung des Vorranges erforderlich; das preufs. R. gewährt überhaupt nur ein Recht auf Begründung des Vorranges durch Eintragung.

[96] Das Gleiche behauptet Fuchs zu § 879 Bem. 5 für Rechte an Grundstücksrechten; hier ist aber vielmehr § 879 entsprechend anzuwenden.

[97] B.G.B. § 889. Von vornherein dagegen als Rechte am eignen Grundstück begründet werden können nur Grundpfandrechte.

[98] B.G.B. § 891. — Im bisherigen Recht war dies nur teilweise anerkannt. Insbesondere liegt der gleiche Gedanke dem § 7 des Preufs. E.E.G. zugrunde, nach dem die Eintragung als Eigentümer die Befugnis gewährt, alle Klagerechte des Eigentümers auszuüben, aber auch die Verpflichtung auferlegt, sich auf die gegen den Eigentümer gerichteten Klagen einzulassen; Dernburg, Hyp.R. I 236 ff., Preufs. P.R. I § 203. Von der Anlegung des Grundbuchs an mufs aber § 891 auch auf übernommene ältere Bucheinträge angewendet werden; R.Ger. XLIX Nr. 2, Fuchs zu § 891 Bem. 8, Kober Bem. 6, Biermann Bem. 1, Habicht, Einwirkung S. 476, Planck zu E.G. Art. 186 Bem. 3 b; a. M. Niedner zu E.G. Art. 181 Bem. 2 b u. Art. 184 Bem. 2 b, und für die in Preufsen vor dem Inkrafttreten des E.E.G. erfolgten Eintragungen Dernburg, B.R. III § 48 Z. 6, Turnau-Förster zu § 891 Bem. 6.

[99] Bei der Hypothek ist sie durch § 1138 auf die Forderung ausgedehnt. Auf sonstige Eintragungen, z. B. eingetragene Verfügungsbeschränkungen, bezieht sie sich nicht.

Digitized by Google

rechtlichen Vermutung aus dem Besitz für und wider Jedermann, kann aber stets durch Gegenbeweis entkräftet werden. Ihre Hauptbedeutung liegt im Prozefs. Wer als Eigentümer oder dinglich Berechtigter eingetragen ist, kann unter Berufung hierauf jede dingliche oder persönliche Klage aus dem Eigentum oder sonstigen Recht anstellen und den Gegenbeweis, dafs er nicht Eigentümer sei oder dafs das Recht nicht mehr bestehe oder nicht ihm zustehe, erwarten[100]. Andererseits erscheint er auch hinsichtlich jedes gegen den Eigentümer oder sonst dinglich Berechtigten als solchen gerichteten Anspruchs als rechter Beklagter, bis er die wider ihn sprechende Vermutung durch den Nachweis der Unrichtigkeit des Buches widerlegt[101]. Auch im Prozefs zwischen Dritten kann jede Partei sich auf die Vermutung berufen. Ebenso wird die Vermutung in jedem anderen öffentlichrechtlichen Verfahren und insbesondere vor dem Grundbuchamte wirksam. Sie gilt endlich auch im rechtsgeschäftlichen Verkehr[102], wird aber hier regelmäfsig durch das weiterreichende Prinzip des öffentlichen Glaubens des Buches aufgezehrt.

IX. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs. Das Grundbuch hat im rechtsgeschäftlichen Verkehr öffentlichen

[100] Abgesehen von der Verschiebung der Beweislast ist die Verteidigung des Beklagten unverkürzt; Seuff. XXXIX Nr. 139. Die Ausnahmebestimmung des preufs. R., die gegen die Vindikation des Bucheigentümers die exceptio rei venditae et traditae versagte und dafür auf Widerklage verwies (E.E.G. § 7 Abs. 2, Dernburg, H.R. I 245 ff., R.Ger. XV Nr. 58, XXXVII Nr. 104), ist dem B.G.B. fremd (§ 986). Im übrigen konnte auch nach preufs. R. der beklagte Besitzer nicht nur die Einrede des besseren eignen Rechts erheben, sondern auch die Klage durch den Nachweis, dafs der Bucheigentümer nicht der wahre Eigentümer sei, abwehren; Dernburg a. a. O. S. 242 ff.; unrichtig R.Ger. II Nr. 64.

[101] Ausnahmsweise kann der Bucheigentümer gegenüber dem sein Recht verfolgenden Grundpfandgläubiger die Passivlegitimation überhaupt nicht ablehnen; doch wird davon das Recht des wahren Eigentümers, Einwendungen gegen das Grundpfandrecht zu erheben, nicht berührt; B.G.B. § 1148, unten § 159 Anm. 56. — Das Preufs. E.E.G. § 7 schrieb dem Bucheigentümer in jeder Richtung eine unablehnbare Passivlegitimation zu; doch kann auch hier das wider ihn ergehende Urteil dem wahren Eigentümer nicht präjudizieren; Dernburg a. a. O. S. 260 ff.

[102] Wenn also eine Rechtshandlung von oder gegenüber dem, den der buchmäfsige Schein zu ihr berief, vorgenommen ist, so wird vermutet, es habe sie der wahrhaft Berechtigte vorgenommen oder entgegengenommen. Der Gegenbeweis bleibt offen. Nur die Kündigung des Grundpfandgläubigers ist unbedingt wirksam, wenn sie gegenüber dem Bucheigentümer vorgenommen ist; B.G.B. § 1141, unten § 160 Anm. 19.

Digitized by Google

Glauben[103]. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs, den das bisherige Recht in sehr ungleichem Umfange anerkannte[104], erstreckt sich nach dem B.G.B. auf seinen gesamten Inhalt in Ansehung der von ihm bestimmungsmäfsig zu bekundenden Rechtsverhältnisse[105]. Er bezieht sich sowohl auf die Richtigkeit, wie auf die Vollständigkeit der Bucheinträge. Einerseits macht das Grundbuch glaubhaft, dafs die in ihm eingetragenen dinglichen Rechtsverhältnisse so, wie sie eingetragen sind, bestehen und die in ihm gelöschten Rechtsverhältnisse nicht bestehen[106]. Andererseits macht es zugleich glaubhaft, dafs in ihm nicht eingetragene Lasten und Verfügungsbeschränkungen insoweit nicht begründet sind, als sie nicht auch uneingetragen in unbedingt wirksamer Weise vorkommen können[107]. Dagegen bietet das Grundbuch keinerlei Gewähr für

[103] B.G.B. § 892—893. Als Träger des öffentlichen Glaubens erscheint für jedes Rechtsverhältnis das zu seiner Bekundung bestimmte Grundbuchblatt nebst den auf ihm zur näheren Bezeichnung des Rechtsinhalts in bezug genommenen Eintragungsbewilligungen (so schon für das preufs. R. R.Ger. XX Nr. 63). Andere Urkunden haben am öffentlichen Glauben des Buches keinen Teil.

[104] Mit dem geltenden Recht im wesentlichen übereinstimmend war das neuere preufsische Recht. Dagegen war einerseits in den Ländern des Hypothekenbuchsystems nur der hypothekarische Rechtsverkehr durch den öffentlichen Glauben des Buchs geschützt (Bayr. H.G. § 25, Württ. Pfdges. Art. 64), andererseits in manchen Ländern des Grundbuchsystems das weiterreichende Prinzip der formellen Rechtskraft der Einträge anerkannt (oben Anm. 35). Vgl. Dernburg, Hyp.R. I § 14, Preufs. P.R. I § 202, Förster, Grundbuchr. § 3; Regelsberger § 30 ff.; Römer § 3; v. Meibom § 10 ff.; Roth, D.P.R. III 17 ff. — Über das österr. R. Exner, Das Publizitätsprinzip, Wien 1870, Hyp.R. § 6 ff., Randa, Eigent. I § 25. Über das schweiz. R. v. Wyfs, Z. f. schweiz. R. XVII 91 ff.; dazu Entw. § 1015—1016.

[105] Also in Ansehung der dinglichen Rechtslage (des Eigentums, der begrenzten dinglichen Rechte und der Verfügungsbeschränkungen), soweit nicht die Eintragung ausgeschlossen ist (oben Anm. 1). Dagegen, abgesehen von der bei der Hypothek durch B.G.B. § 1138 verordneten Erstreckung auf die Forderung, nicht in Ansehung obligationenrechtlicher Grundlagen (auch nicht, wenn sie durch Vormerkung dinglich gesichert sind).

[106] Eine Ausnahme in B.G.B. § 1028 Abs. 2; vgl. unten § 144 Anm. 72. — Die bei Anlegung des Grundbuchs übernommenen älteren Bucheinträge teilen den öffentlichen Glauben. Natürlich ist aber das neue Recht nicht auf frühere Rechtsgeschäfte anwendbar; R.Ger. XLVII 229.

[107] Dies ist bei allen eintragungsfähigen Lasten und Beschränkungen, auch wenn sie ohne Eintragung entstanden sind, nur dann der Fall, wenn es ausnahmsweise bestimmt ist (oben Anm. 73, 76, 77). Dagegen versteht es sich für die von der Eintragung ausgeschlossenen Lasten und Beschränkungen, wie ehemännliche und elterliche Nutzniefsung, nachbarrechtliche Beschränkungen

Digitized by Google

die Richtigkeit der in ihm vermerkten tatsächlichen Verhältnisse[108].

Soweit der öffentliche Glaube des Buches reicht, wirkt der buchmäfsige Schein zugunsten eines Jeden, der mit einer durch ihn legitimierten Person in rechtsgeschäftlichen Verkehr tritt, so, als ob ihm die wirkliche Rechtslage entspräche[109]. Wer daher dem Buche traut, erzielt durch rechtsgeschäftliches Handeln im liegenschaftsrechtlichen Bereich auch dann, wenn das Buch unrichtig oder unvollständig ist, den nach Mafsgabe des Buches zu erwartenden Rechtserfolg[110].

Nur böser Glaube schliefst diese Wirkung aus[111]. In bösem Glauben aber befindet sich nur, wer im entscheidenden Zeitpunkt die Unrichtigkeit des Grundbuches kennt[112]. Verschuldete Un-

---

(dazu B.G.B. § 914 Abs. 2 S. 1 u. § 917 Abs. 2), öffentliche Lasten, öffentlichrechtliche Verfügungsbeschränkungen (oben Anm. 74), von selbst.

[108] Somit nicht für den Bestand des Grundstücks, für dessen Lage, Gröfse, Grenzen und Bestandteile (oben Anm. 2 u. § 118 Anm. 22). Darum kann man auch hinsichtlich des Bestandes einer selbständigen Gerechtigkeit oder eines Realrechts zwar dem Grundbuchblatt, das sie als Rechte an einem Grundstück bekundet, nicht aber dem Grundbuchblatt, das sie als grundstücksgleichen Gegenstand oder als Grundstücksbestandteil bucht, vertrauen (oben Anm. 17 u. 20). Ebensowenig sind die Angaben des Grundbuchs in bezug auf Leben oder Tod (R.Ger. I Nr. 52), Geschäftsfähigkeit, ledigen Stand einer Person usw. verläfslich.

[109] Zu seinen Gunsten, sagt das B.G.B., „gilt der Inhalt des Grundbuches als richtig". Man darf aber nicht, wie Cosack § 180 IV, Fuchs zu § 892 Bem. 8, Kober u. A., von einer „Fiktion" der Richtigkeit sprechen. Eine Fiktion müfste absolut wirken. Vielmehr handelt es sich um die Wirkung der dem Buchrecht innewohnenden Legitimationskraft.

[110] Dafs der Erfolg nicht eintritt, wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Buches eingetragen ist, beruht nicht auf einer Ausnahme von der Regel, sondern auf ihrer Anwendung.

[111] Ebenso nach Preufs. E.E.G. § 9 u. 11 (R.Ger. VII Nr. 71), Sächs. Gb. § 278, Bayr. H.G. § 25, Württ. Pfdges. Art. 85 u. 88, Weimar. Pfdges. § 82 u. 145 usw. Dagegen begründet nach meckl. R. der böse Glaube des Erwerbers nur eine persönliche Einrede und Anfechtungsklage; v. Meibom § 10 Anm. 11 u. § 11 Anm. 9. Nach Hamb. H.O. § 3 u. Lüb. § 26 hindert betrügerische Handlungsweise den Rechtserwerb.

[112] Entscheidender Zeitpunkt ist bei dem Erwerbe eines Rechts, dessen Erwerb durch Eintragung bedingt ist, der Zeitpunkt des Antrages auf Eintragung oder, wenn die Einigung erst nachfolgt, der Zeitpunkt der Einigung (B.G.B. § 892 Abs. 2); nach bisherigem preufs. R. entschied stets der Zeitpunkt der Eintragung (R.Ger. XIV Nr. 75). Die Beweislast trifft den Gegner. Über die Frage, wann Kenntnis der Unrichtigkeit vorliegt, Näheres b. Planck Bem. II 2, Biermann 8b, Fuchs 10, Kober III 2, Cosack § 180 IV 4.

Digitized by Google

kenntnis steht hier der Kenntnis keineswegs gleich[113]. Auch macht es im Gegensatz zu dem überwiegend bisher geltenden Recht keinen Unterschied, ob es sich um entgeltlichen oder unentgeltlichen Rechtserwerb handelt[114].

Der öffentliche Glaube des Grundbuches schützt vor allem den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Sachenrecht. Auf den nicht rechtsgeschäftlichen Erwerb bezieht er sich nicht; er schützt daher weder den Erwerb durch Zwangsvollstreckung[115], noch den unmittelbar kraft Gesetzes eintretenden Erwerb[116]. Dagegen schützt er jeden rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Rechtes an einem Grundstücke oder eines Rechtes an einem solchen Rechte[117]. So kann man durch dinglichen Vertrag und Eintragung auch von dem Scheineigentümer Eigentum oder begrenztes dingliches Recht am Grundstück erwerben[118]. So kann man ferner durch dinglichen Vertrag und Eintragung von dem Scheinberechtigten ein begrenztes dingliches Recht am Grundstücke oder ein Recht an einem solchen Recht erwerben, wenn auch in Wahrheit das Recht bisher überhaupt nicht oder mit schlechterem Inhalt oder Rang bestand oder einem Anderen zustand. So kann man

---

[113] Dem Buche kann man blindlings trauen. Dagegen schlofs nach preufs. R. grobe Fahrlässigkeit den guten Glauben aus; R.Ger. XXXIV 232, Dernburg, H.R. II 244.

[114] Übereinstimmend Sächs. Gb. § 278, Hamb. H.O. § 3, Lüb. § 16, meckl. R. b. v. Meibom § 10 Anm. 10; auch österr. R. nach Exner, Publizitätsprinzip S. 62 ff. — Dagegen war nach preufs. E.E.G. § 9, Bayr. § 26 Nr. 4, Württ. Art. 72 u. 88, Anhalt. § 10 usw. der unentgeltliche Erwerb nicht geschützt; vgl. R.Ger. II Nr. 71.

[115] Anders Entw. I § 837 im Anschluß an die in Preußen (O.Trib. XXX 408 ff., Strieth. XCVII 138, R.Ger. II Nr. 71, XXIX Nr. 61) und sonst (vgl. für das bayr. R. Regelsberger S. 150, für das hess. R. Seuff. XXXVIII Nr. 215) vorherrschende Praxis. — Für den Erwerb durch Zuschlag und durch Enteignung gelten besondere Regeln.

[116] Daher auch nicht den durch Gesamtnachfolge vermittelten Erwerb, mag auch die Gesamtnachfolge auf Rechtsgeschäft beruhen; Rechtspr. der O.L.G. III 33 ff., Planck zu § 892 Bem. II 1 d, Dernburg § 47 Z. 4.

[117] Dazu gehören nach heutigem Recht Miets- und Pachtrechte nicht; a. M. Cosack § 180 IV 1 a.

[118] Hätte z. B. der Eigentümer A. das Grundstück im Zustande der Geschäftsunfähigkeit an B. aufgelassen und B. die Eintragung als Eigentümer erlangt, so wäre zwar B. nicht Eigentümer geworden. Aber wenn nun B. das Grundstück an C. aufläßt, so erwirbt C., falls er nicht etwa den Sachverhalt kennt, durch Eintragung das Eigentum. Beschränkt sich B. darauf, das Grundstück zu belasten, so bleibt A. Eigentümer, die Belastungen aber bestehen zu Recht.

Digitized by Google

auch das Grundstück frei von bestehenden, aber im Grundbuch gelöschten oder aus ihm nicht ersichtlichen Lasten, so ein Recht am Grundstück mit Vorrang vor älteren ungehörig gelöschten Rechten oder frei von einem auf ihm noch lastenden, aber ungehörig gelöschten Recht erwerben. So kann man endlich trotz einer entgegenstehenden, aber aus dem Grundbuch nicht ersichtlichen Verfügungsbeschränkung Eigentum oder sonstiges dingliches Recht mit voller Wirksamkeit gegen Jedermann erlangen.

Darüber hinaus wirkt der öffentliche Glaube des Buches auch bei anderen Verfügungen über ein eingetragenes Recht und bei Leistungen auf Grund eines eingetragenen Rechtes zugunsten dessen, der mit dem buchmäfsig Berechtigten rechtsgeschäftlich verkehrt oder an ihn leistet[119].

Für den wahren Berechtigten tritt in dem Augenblick, in dem der buchmäfsige Schein einen Rechtserfolg zugunsten des Dritten hervorbringt, der entsprechende Rechtsverlust ein: sein nicht aus dem Buche ersichtliches Eigentum oder sonstiges Recht erlischt nunmehr oder wird belastet; sein bisher nur scheinbar belastetes Eigentum oder sonstiges Recht wird belastet; sein durch Löschung nur scheinbar untergegangenes Recht erlischt oder erfährt eine Rangschwächung; sein anwartschaftliches Recht, das durch eine nicht eingetragene Verfügungsbeschränkung gesichert war, wird vereitelt oder verkürzt; sein von einer Verfügung des Scheinberechtigten betroffenes Recht wird aufgehoben oder nachteilig verändert; seine Forderung auf Grund des ihm zustehenden, aber für einen Anderen eingetragenen Rechts geht durch die an diesen erfolgte Leistung ganz oder teilweise unter. Aus seinem Vermögen also stammt immer der Stoff für den vermögensrechtlichen Vorteil, den der redliche Dritte durch Rechtserwerb oder Rechtsverstärkung oder Befreiung von einer Last oder Pflicht erlangt. Das vom materiellen Recht abgespaltene formale Buchrecht hat vermöge seiner Legitimationskraft dem Buchberechtigten die Macht ver-

[119] B.G.B. § 893. Verfügungen, die, obschon sie nicht auf die Übertragung oder Begründung eines dinglichen Rechts abzielen, vom Scheinberechtigten wirksam zugunsten eines redlichen Dritten vorgenommen werden können, sind z. B. Verzicht, Kündigung, Rechtsänderung, Rangverbesserung, Bewilligung einer Vormerkung; nicht dagegen Vermietung oder Verpachtung in Verbindung mit Besitzüberlassung, wie Hellwig, Rechtskraft S. 429, meint; auch ist nicht mit Hellwig a. a. O. S. 424 ff. allgemein die Prozefsführung der Verfügung gleichzustellen; vgl. Biermann zu § 892/93 Bem. 7, Fuchs zu § 893 Bem. 2, Cosack § 180 a. E., Dernburg § 47 Z. 5, Seuffert zu C.Pr.O. § 325 Bem. 8.

Digitized by Google

liehen, im rechtsgeschäftlichen Verkehr das fremde materielle Recht zu übertragen[120]. Der Rechtsverlust ist ein endgültiger[121]. Nur ein persönlicher Ersatzanspruch bleibt dem Geschädigten vorbehalten. Gegen den unbefugt verfügenden Scheinberechtigten steht ihm möglicherweise ein Anspruch aus unerlaubter Handlung, stets ein Anspruch aus der etwaigen Bereicherung zu[122]. Einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung aber hat er dann, wenn die Verfügung unentgeltlich erfolgte, auch gegen den gutgläubigen Dritten, der dadurch einen unmittelbaren rechtlichen Vorteil erlangt hat[123]. In diesem Falle ist ihm daher auch die Möglichkeit eröffnet, mit persönlicher Klage die Wiederherstellung der zerstörten dinglichen Rechtslage durch Rückübertragung von Eigentum oder anderem Recht, Wiederbegründung einer erloschenen oder Wiederaufhebung einer entstandenen Last, Wiederverschaffung von verlorenem Range usw. zu erzwingen.

X. Einwirkung auf Ersitzung und Verjährung.

1. Der buchmäfsige Schein bildet die Grundlage einer Ersitzung von eingetragenem und einer Versitzung von gelöschtem oder nicht eingetragenem Sachenrecht.

a. Durch Buchersitzung auf Grund einer unrichtigen Eintragung kann Eigentum oder begrenztes dingliches Recht, jedoch nur ein solches Recht, das entweder mit Sachbesitz verbunden ist (wie Erbbaurecht oder Niefsbrauch) oder Rechtsbesitzschutz geniefst (wie

[120] Die oben Bd. I 279 Anm. 2 gegebene Konstruktion der durch Verfügung des legitimierten Nichtberechtigten vermittelten Rechtsnachfolge ist seither von Hellwig, Rechtskraft § 13, allseitig durchgeführt und zu praktischen Folgerungen entfaltet, auch von Hellmann, Vortr. § 19, u. Crome, B.R. I 313 ff., angenommen. Energisch bekämpft sie Romeick, Zur Technik des B.G.B., H. III, Stuttg. 1904, bes. S. 10 ff., der aber auf die deutschrechtlichen Grundlagen nicht eingeht und im rein romanistischen Gedankenkreis befangen bleibt. Desgleichen Regelsberger, Jahrb. f. D. XLVII 339 ff., der zwar das germanische Recht heranzieht, aber den ganzen Gedanken einer „Legitimation", kraft der man auf Grund eines bestimmten Rechtsscheines etwas bewirken kann, was man nicht bewirken soll, ablehnt.

[121] Daher kann nunmehr auch Jemand, der die Sachlage kennt, das Recht erwerben; Seuff. LVI Nr 76.

[122] B.G.B. § 816. Hat der Scheinberechtigte in gutem Glauben unentgeltlich verfügt, so dafs er weder aus Verschulden haftet noch bereichert ist, so kann der Geschädigte sich an ihn überhaupt nicht halten.

[123] B.G.B. § 816 Abs. 1 S. 2 (ergänzt durch § 822). Diese in Entw. I fehlende Erweiterung des Bereicherungsanspruchs nimmt der sachenrechtlichen Gleichstellung von entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb (oben Anm. 114) die Schärfe. Nur durch sie wird in dem in der vor. Anm. bezeichneten Falle dem Geschädigten geholfen.

Digitized by Google

Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten), ersessen werden[124]. Erforderlich ist, dafs die Eintragung dreifsig Jahre lang bestanden und ihr während dieses Zeitraums Besitz (Eigen-, Lehn- oder Rechtsbesitz) entsprochen hat[125]. Der Rang eines ersessenen begrenzten dinglichen Rechts richtet sich nach dem Zeitpunkt der Eintragung[126].

b. Durch Buchversitzung erlischt ein begrenztes dingliches Recht, das im Grundbuch mit Unrecht gelöscht oder im Falle der Entstehung ohne Eintragung (sei es kraft Gesetzes oder kraft älteren Rechtes) nicht eingetragen ist, wenn der aus ihm entspringende Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer verjährt ist[127].

2. Das Grundbuchrecht gewährt Schutz gegen Ersitzung und Verjährung.

a. Eine Ersitzung von nicht eingetragenem liegenschaftlichen Recht findet regelmäfsig nicht statt. Hiervon macht das B.G.B. nur zugunsten der Eigentumsersitzung eine eigentümlich geartete Ausnahme[128]. Eine Ersitzung von begrenzten dinglichen Rechten an Grundstücken ohne buchmäfsige Grundlage läfst es überhaupt nicht zu[129].

[124] B.G.B. § 900. Über Tabularersitzung in anderen Rechten oben § 116 Anm. 86 u. 87.

[125] Die Frist wird in gleicher Weise wie bei der Ersitzung einer beweglichen Sache berechnet (also mit der Vermutung aus § 938 und der Anrechnung des Besitzes eines Vorgängers nach § 943 u. 944).

[126] Also Zurückziehung um mindestens 30 Jahre und bei erst nach der Eintragung erlangtem Besitz um noch längere Zeit; vgl. oben Anm. 81.

[127] B.G.B. § 901. Die Verjährung des B.G.B. § 194 ff. trifft nur den dinglichen Anspruch, nicht das dingliche Recht; sie zieht aber in Verbindung mit der Unrichtigkeit des Grundbuchs das Erlöschen des Rechts selbst nach sich und wird so zur usucapio libertatis (vgl. Preufs. A. L.R. I, 9 § 655—659).

[128] B.G.B. § 927; davon unten in § 127. Nach bisherigem Recht war die Eigentumsersitzung da, wo blofse Hypothekenbücher bestanden, durch das Buchrecht nicht behindert, wurde aber auch durch das Grundbuchrecht nur in einigen Ländern an allen oder doch den gebuchten Liegenschaften ganz ausgeschlossen (Sächs. Gb. § 279, Braunschw. G. § 7, Hamb., Lüb., Meckl. R.), anderswo nur gegenüber dem Bucheintrage abgeschnitten (Preufs. G. § 6 mit R.Ger. XV Nr. 59 u. XXVII Nr. 48, Hess. G. Art. 33, Mein. Art. 2, Altenb. § 24, Anh. § 8); vgl. Dernburg, Preufs. P.R. I § 243, Stobbe-Lehmann § 112 A 4. — Das Österr. Gb. § 1468, 1470 u. 1498 läfst die aufserordentliche 30jährige Eigentumsersitzung auch gegenüber dem Grundbuch zu; Randa, Eigent. I 387, Strohal a. a. O. § 12 ff.

[129] Auch ein Erbbaurecht oder gleichgestelltes Recht kann nur durch Buchersitzung begründet werden; dagegen ist auf die translative Ersitzung der

Digitized by Google

b. Der Verjährung entzogen sind alle Ansprüche aus eingetragenen Rechten[130]. Eine Ausnahme machen Ansprüche auf Rückstände wiederkehrender Leistungen und auf Schadenersatz[131].

XI. Schutzeintragungen. Der Formalismus des Grundbuchrechts birgt mancherlei Gefahren für das materielle Recht, indem einerseits ein guter Rechtstitel durch Verzögerung der Eintragung vereitelt, andererseits das wahre Recht durch die Wirkungen des buchmäfsigen Scheins verkümmert oder zerstört werden kann. Zur Sicherung gegen solche Gefahren dient die Eintragung von Schutzvermerken, die in den Gesetzen bald als vorläufige oder bedingte Eintragungen (Vormerkungen) bald als Rechtsverwahrungen gegenüber dem Grundbuch (Protestationen) sehr ungleich ausgestaltet und nach Voraussetzungen und Wirkungen verschieden geregelt sind[132]. Das B.G.B. hat die beiden scharf gesonderten

---

grundstücksgleichen Rechte B.G.B. § 927 entsprechend anwendbar. Nach bisherigem Recht wurde durch das Grundbuchrecht die Ersitzung begrenzter dinglicher Rechte teils (wie meist hinsichtlich der Servituten) überhaupt nicht berührt, teils nur bis zur Eintragung der Wirksamkeit gegen Dritte beraubt; oben Anm. 27—28.

[130] B.G.B. § 902 Abs. 1 S. 1. Damit ist zugleich das Erlöschen des Rechtes selbst durch Nichtgebrauch ausgeschlossen. — Ebenso schon Preufs. A. L.R. I, 9 § 511, I, 20 § 534, E.E.G. § 7 Abs. 2; Bayr. Hyp.R. § 31; Sächs. Gb. § 31. Anders Österr. Gb. § 1479; vgl. Strohal S. 166. — Bei Hypotheken wurde von manchen Gesetzen auch die Forderung der Verjährung entzogen (Sächs. Gb. § 462, Bayr. H.G. § 32, Württ. Pfdges. Art. 43, Anhalt. G. § 9, Altenb. § 26), von anderen der Verjährung unterworfen (Hess. Pfdges. Art. 155, Weim. § 159, Meckl. R.); vgl. Regelsberger § 40, Römer § 16, v. Meibom § 23. Für das preufs. R. herrschte Streit; Förster-Eccius § 195 Anm. 16, Dernburg, Hyp.R. II 49 ff. Nach B.G.B. § 223 verjährt die Forderung, ihre Verjährung hat aber keinen Einflufs auf das dingliche Recht.

[131] B.G.B. § 902 Abs. 1 S. 2. Eine weitere Ausnahme findet sich in § 1028; vgl. unten § 144 Anm. 72.

[132] Das ältere preufs. R. kannte nur „Protestationen“, das Preufs. E.E.G. (§ 8, 9, 16, 22, 59, 60 u. 70) nur „Vormerkungen“, der einheitliche Name bezeichnete aber ungleichartige Schutzeintragungen, die bald auf Sicherung erworbener Rechte, bald auf Widerspruch gegen buchmäfsige Verfügungen abzielten; Dernburg, Hyp.R. I 345 ff., Förster, Grundbuchr. S. 66 ff., Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 1 ff., Sekler, Vormerkung S. 4 ff. Ebenso liefs das hess. R. (G. v. 1852 Art. 18 u. 33, G. v. 1858 Art. 43—45) „Vormerkungen“ verschiedener Art zu; Biermann a. a. O. S. 51 ff. Das Hamb. H.G. § 19 ff. schützte durch „Klauseln“, das Lüb. § 49 ff. durch „Noten“. Das meckl. R. versagte die Vormerkung persönlicher Ansprüche, gewährte aber Schutz gegen den öffentlichen Glauben des Buchs durch Eintragung von Verfügungsbeschränkungen und kannte daneben „Vormerkungen“ von vorübergehender Bedeutung; v. Meibom § 9, 12, 23, 29 u. 37, Biermann S. 54 ff.

Digitized by Google

Rechtsinstitute der „Vormerkung“ und des „Widerspruchs“ geschaffen, deren Trennung auf der durchgreifenden Unterscheidung persönlicher und dinglicher Rechte beruht[133].

1. Vormerkung[134]. Die Vormerkung dient zur Sicherung persönlicher Ansprüche auf Änderung der dinglichen Rechtslage[135]. Durch Vormerkung gesichert werden kann der Anspruch gegen den Eigentümer auf Übereignung oder Rückübereignung des Grundstücks oder eines Grundstücksteils oder auf Einräumung eines Rechtes am Grundstück; der Anspruch gegen den Inhaber eines begrenzten dinglichen Rechts am Grundstück auf Abtretung, Belastung, Inhaltsänderung, Rangänderung oder Aufhebung des Rechts; der Anspruch gegen den Inhaber eines Rechts an einem Grundstücksrecht auf Abtretung, Änderung oder Aufhebung des Rechts[136]. Der Anspruch kann auf Vertrag, Verfügung von Todes-

---

Nach dem Sächs. G. v. 1843 § 25 ff. u. 52 ff. u. dem Sächs. Gb. § 143 u. 404 ff., sowie den verwandten Rechten wurden „Verwahrungen“ und „Vormerkungen“ unterschieden; Siegmann, H.R. § 14—15 u. 57, Biermann S. 45 ff. Ebenso nach dem Bayr. H.G. § 27 ff. „Protestationen“ und „Vormerkungen“; Regelsberger § 63—68, Biermann S. 30 ff. Ähnlich nach Württ. Pfandg. Art. 74 ff.: Römer § 39 ff., Lang, Sachenr. § 177, Biermann S. 40 ff. Auch nach Weimar. Pfandges. § 68 ff. — Das österr. R. unterscheidet „Anmerkungen“ (Adnotationen) und „Vormerkungen“ (Pränotationen); Exner, H.R. S. 103 ff., 158 ff., 184 ff. — Vgl. auch Stobbe II § 110 Z. 7; Roth, D.P.R. III 33 ff.

[133] Wird im Grundbuch der Vermerk unrichtig bezeichnet, so schadet dies seiner Wirksamkeit nicht; R.Ger. LV. Nr. 86. — Entw. I nannte den Widerspruch „Vormerkung“ und kannte keine Schutzeintragung für persönliche Rechte; vgl. Motive III 240. Über die Entstehungsgeschichte der Vorschriften des B.G.B. vgl. Biermann a. a. O. S. 58 ff. — Der Schweiz. Entw. läfst eine „Vormerkung“ dreifacher Art zu: von persönlichen Rechten (§ 1002), Verfügungsbeschränkungen (§ 1003) und vorläufigen Eintragungen (§ 1004).

[134] B.G.B. § 883—889 nebst den Komm. u. Lehrbüchern; Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutsch. Grundbuchrecht, Jena 1901, S. 128 ff.; W. Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung, Breslau 1902; Priester, Arch. f. b. R. XXII 143 ff.; Reichel, Jahrb. f. D. XLVI 59 ff.; G. Sekler, Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht, München 1904.

[135] Ansprüche, die nur auf ein persönliches Recht gerichtet sind, können nicht vorgemerkt werden. Daher auch nicht Miete und Pacht (anders Schweiz. Entw. § 1002).

[136] B.G.B. § 883 Abs. 1 S. 1; dazu bes. Biermann S. 130 ff., Sekler S. 16 ff.; R.Ger. LV Nr. 62, LVI Nr. 3. Immer mufs die Rechtsänderung eintragungsfähig sein; Seuff. LIX Nr. 97. Nicht vormerkbar ist daher der Anspruch auf Zustimmung zu einer Rechtsänderung. Folgerichtig müfste auch verlangt werden, dafs es sich um eine Rechtsänderung handelt, die nur durch Eintragung zustande kommen kann. Hiervon gelten aber Ausnahmen hin-

Digitized by Google

wegen, unerlaubter Handlung, ungerechtfertigter Bereicherung oder unmittelbarer Gesetzesvorschrift beruhen; er kann auch bedingt, befristet oder künftig sein[137]. Die Eintragung erfolgt entweder auf Grund der Bewilligung des in seinem Recht Betroffenen oder auf Grund einer einstweiligen Verfügung[138], in einigen Fällen auch von Amts wegen[139].

Die Wirkung der Vormerkung besteht in der Ausstattung des persönlichen Anspruchs mit dinglichem Schutz. Jede Verfügung, die nach Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde; dies gilt auch von Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen[140]. Zugleich gewährleistet die Vormerkung dem Recht, auf dessen Einräumung der Anspruch geht, den durch den Zeitpunkt ihrer Eintragung bestimmten Rang[141]. Auch schneidet sie in dem Umfange, in dem sie den Anspruch sichert, dem Erben des Verpflichteten die Berufung auf die beschränkte Erbenhaftung ab[142].

---

sichtlich des Anspruchs auf Abtretung oder Belastung eines Briefgrundpfandrechts oder auf Abtretung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstücksrecht.

[137] B.G.B. § 883 Abs. 1 S. 2. Vormerkbar ist daher auch der Anspruch aus einem persönlichen Vorkaufs- oder Wiederkaufsrecht vor der Ausübung a. M. Turnau-Förster S. 512 ff., vgl. aber Sekler S. 23 ff. u. 34) und ein Vermächtnisanspruch vor dem Erbfall (Sekler S. 35). Voraussetzung ist aber stets die Rechtsbeständigkeit des Anspruchs; Sekler S. 31 ff.

[138] B.G.B. § 885. Die Eintragungsbewilligung wird durch Urteil nach C.Pr.O. § 894 ff. ersetzt. Die einstweilige Verfügung erfolgt nach C.Pr.O. § 935 ff., fordert aber nur Glaubhaftmachung des Anspruchs, nicht seiner Gefährdung, da die Gefahr mit der Grundbucheinrichtung von selbst gegeben ist (so auch Preufs. E.E.G. § 70, vgl. R.Ger. XI Nr. 63). Näheres b. Biermann S. 145 ff., Sekler S. 50 ff.

[139] Oben § 118 Anm. 43 u. 68; Sekler S. 78 ff. — Über die Form der Eintragung B.G.B. § 885 Abs. 2, Sekler S. 95 ff.

[140] B.G.B. § 883 Abs. 2; Konk.O. § 193; Zw.V.G. § 48. Die Unwirksamkeit tritt nicht, wie Fuchs zu § 883 Bem. 7 cc β annimmt, gegenüber Jedermann, sondern nur gegenüber dem Vorgemerkten ein. Vgl. Biermann S. 155 ff., Sekler S. 166 ff.

[141] B.G.B. § 883 Abs. 3; entsprechend dem in § 879 Abs. 2 und § 900 Abs. 2 S. 2 durchgeführten Grundsatze. Vgl. Biermann S. 158 ff., Sekler S. 132 ff.

[142] B.G.B. § 884 (ergänzt durch § 1971 S. 2 u. 1974 Abs. 3, modifiziert durch § 1990 Abs. 2); vgl. Fuchs I 123 ff., Biermann S. 160 ff., Sekler S. 216 ff. — Ebenso hat der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners

Digitized by Google

Die Vormerkung hindert nicht eine Änderung der zeitigen dinglichen Rechtslage durch sachenrechtliche Verfügungen; sie bewirkt keinerlei Sperre des Grundbuchs[143]. Allein wer durch spätere Eintragung ein Recht erwirbt, erwirbt es mit dem Vorbehalt der Unwirksamkeit gegenüber dem vorgemerkten Anspruch[144]. Darum kann der Vorgemerkte von ihm verlangen, dafs er die zur Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs erforderliche Eintragung oder Löschung durch seine Zustimmung ermögliche[145].

Ihrem Wesen nach ist die Vormerkung kein von der gesicherten Forderung verschiedenes Recht. Sie ist nicht bereits das bedingt entstandene dingliche Recht, auf das der Anspruch sich richtet[146]. Sie ist aber auch nicht ein zu der Forderung hinzugetretenes besonderes akzessorisches Recht, nicht ein das Grundstück belastendes Sicherungsrecht[147], Erwerbsrecht[148] oder Befriedigungsrecht[149]. Vielmehr besteht als subjektives Recht nach wie vor der Eintragung der Vormerkung lediglich die gesicherte Forderung. Die vom Grundbuch durchaus unabhängigen rechtlichen Schicksale der Forderung bestimmen zugleich die Schicksale der

den vorgemerkten Anspruch zu befriedigen (Konk.O. § 24), ohne das Wahlrecht aus Konk.O. § 17 geltend machen zu können. — Auch werden im Zwangsversteigerungsverfahren vorgemerkte Rechte bei Feststellung des geringsten Gebots wie endgültige berücksichtigt; Zw.V.G. § 48.

[143] Somit sind auch solche Rechtsänderungen, die dem vorgemerkten Anspruch widerstreiten, auf Grund gehöriger Bewilligung einzutragen und kommen an sich, wenn das erforderliche dingliche Rechtsgeschäft vorliegt, durch Eintragung zustande. Gleiches gilt von Zwangsvollstreckungsmafsregeln. Darum ist auch die Vormerkung des Eigentumsanspruchs nicht ein Hindernis der Zwangsversteigerung, sondern nur im geringsten Gebot zu berücksichtigen; Biermann S. 198 ff., Sekler S. 246 ff.

[144] Dagegen ist, wenn der vorgemerkte Anspruch nicht besteht oder wegfällt, der Rechtserwerb voll wirksam.

[145] B.G.B. § 888 Abs. 1. Das Gleiche gilt nach Abs. 2, wenn der Anspruch durch ein Veräufserungsverbot gesichert ist.

[146] Dies ist die Ansicht von Fuchs I 115 ff. (jedoch mit der Einschränkung, dafs die Eigentumsvormerkung nicht bedingtes Eigentum, sondern auch nur bedingte Belastung sein soll). Ebenso Böhm zu § 883 Bem. III A. — Noch weniger ist, wie Othmer a. a. O. S. 65 ff., 80 ff. meint und im Arch. f. b. R. XXIII 169 ff. festhält, das dingliche Recht bereits unbedingt erworben. — Vgl. hiergegen R.Ger. LV Nr. 35.

[147] So konstruiert sie Cosack § 177. Ähnlich Jäger zu K.O. § 24 Bem. I 3; Hellwig, Rechtskraft § 37.

[148] So Enneccerus, B.R. § 104 I 2 d u. § 147 I 3 (3. Aufl. § 40 A II).

[149] So in eingehender Ausführung Sekler S. 124 ff.

Digitized by Google

Vormerkung[150]. Aus der Eintragung der Vormerkung entsteht keinerlei buchrechtliche Vermutung[151]. Die Vormerkung hat keinen Anteil am öffentlichen Glauben des Grundbuchs[152]. Alle sonstigen Vorschriften über Rechte an Grundstücken sind auf sie unanwendbar[153]. Allein die Forderung selbst hat durch die Vormerkung

[150] Somit ergreift die Abtretung, Belastung oder Pfändung der Forderung ohne weiteres auch die Vormerkung; Biermann S. 143 ff., Sekler S. 151 ff. Die Vormerkung für sich ist nicht übertragbar. Ebensowenig aber die Forderung ohne die Vormerkung. Es ist nicht richtig, wenn Manche (Planck zu § 401 Bem. 1, Fuchs zu § 883 Bem. 18, Biermann S. 143) annehmen, daſs durch Abtretung der Forderung mit Ausschlieſsung der Vormerkung die letztere erlösche. Vielmehr muſs erst die Vormerkung aufgehoben werden, bevor die Forderung ohne sie abgetreten werden kann. Vgl. Sekler S. 152 ff. (der jedoch unrichtig, falls sich die Vormerkung auf ein Recht an einem Grundstücksrecht bezieht, die Aufhebung schon in der eingeschränkten Abtretungserklärung findet).

[151] Biermann S. 187, Kober zu § 891 Bem. 2 c, Planck zu § 883 Bem. 3 i, Cosack § 180 II 2 c, Turnau-Förster zu § 891, Othmer a. a. O. S. 67. A. M. zum Teil Sekler S. 136.

[152] Man ist einig, daſs der öffentliche Glaube des Buchs der Vormerkung keinen vom Bestande der Forderung unabhängigen Bestand verschaffen kann. Aber auch sonstige Unwirksamkeit der Vormerkung wird nicht beseitigt, wenn Jemand im Vertrauen auf das Buch die scheinbar gesicherte Forderung erwirbt; a. M. Fuchs zu § 892 Bem. II 3 a, Othmer S. 91, Sekler S. 142, Planck zu § 883 Bem. 3 i; vgl. dagegen Strohal, Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten? Leipzig 1904, S. 9 Anm. 7. — Eine ganz andere Frage ist, ob der öffentliche Glaube des Buchs dem Vorgemerkten in Ansehung des Bestandes und der Zuständigkeit des betroffenen Rechts zustatten kommt? Diese viel erörterte Frage, die z. B. von Biermann S. 188 ff., Kober zu § 883 Bem. V 3, Turnau-Förster I 213, Reichel a. a. O. S. 103 unbedingt verneint, von Fuchs a. a. O., Ramdohr b. Gruchot XLIV 353, Othmer S. 86 ff., Planck a. a. O. u. (obschon mit vielen Einschränkungen) von Sekler S. 137 ff. grundsätzlich bejaht wird, hat Strohal in der angef. Schrift überzeugend gelöst. Ist die Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragen, so ist jede Berufung auf den öffentlichen Glauben des Buches ausgeschlossen (oben Anm. 115). Dagegen kann der auf Grund einer Bewilligung Vorgemerkte sich zwar nicht auf § 892, wohl aber auf § 893 berufen, wenn die Bewilligung vom buchmäſsig legitimierten Scheinberechtigten erteilt ist (und nicht etwa die rechtsgeschäftliche Verständigung fehlt). Denn die Bewilligung ist rechtsgeschäftliche Verfügung über das betroffene Recht (unten Anm. 157). Vgl. oben Anm. 119.

[153] So § 889; Rechtspr. der O.L.G. VI 123; a. M. Fuchs zu § 889 Bem. 2, Othmer S. 93 ff. u. Arch. f. b. R. XXIII 169 ff. Weil aus einer Grundpfandrechtsvormerkung kein Eigentümergrundpfandrecht entstehen kann, ist auch zu ihrer Löschung die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich; Sekler S. 157. Im Konkurse gewährt die Vormerkung ein Absonderungs-

Digitized by Google

eine gesteigerte Wirkungskraft empfangen, die sich in dem ihr gewährten dinglichen Schutz äufsert. Dabei handelt es sich nicht um eine von aufsen her für sie errichtete Schutzwehr nach Art eines Veräufserungsverbotes oder einer Verfügungsbeschränkung[154]. Vielmehr ist die Forderung aus sich heraus erstarkt; sie ist durch buchmäfsige Kundmachung in eine wirksame Beziehung zu ihrem sachenrechtlichen Leistungsgegenstande gesetzt. Die vorgemerkte Forderung ähnelt also dem aus germanischen Rechtsgedanken geborenen Recht zur Sache[155]. Eine persönliche Verpflichtung begründet sie auch jetzt lediglich gegen den Schuldner[156]. Allein weil der Leistungsgegenstand durch die Vormerkung zugunsten des Gläubigers in eine für Jedermann ersichtliche und beachtliche Gebundenheit versetzt ist, entfaltet die Forderung nunmehr eine dingliche Wirkungskraft gegen Dritte. Sie schwächt daher das Recht an der Sache, auf dessen Kosten ihre Befriedigung zu erfolgen hat[157]. Sie entkräftet jeden aus diesem Recht abgeleiteten

---

recht, niemals aber ein Aussonderungsrecht; Biermann S. 200 ff., Sekler S. 235 ff.; a. M. Fuchs I 112.

[154] So konstruieren Planck zu § 883 Bem. 2 und 3, Kober Bem. III, Turnau-Förster Bem. II 4 d, Predari S. 210, Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht S. 195 ff., Reichel a. a. O. S. 147 ff. — Biermann S. 184 begnügt sich mit der Definition: „Die Vormerkung ist ein Grundbuchsvermerk, der die Verwirklichung der in § 883 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert.“ Das ist unbestreitbar, aber Verzicht auf jede Konstruktion. Ähnlich Landsberg S. 612.

[155] Hierauf habe ich Fahrnisbesitz S. 21 Anm. 50 hingewiesen. Zustimmend Lehmann S. 14, Dernburg § 51 Anm. 1. Vgl. auch Endemann § 65 Anm. 8. Dazu unten § 140 I. Alle Einwendungen hiergegen beruhen auf der doktrinären Erwägung, daſs die Reinheit des begrifflichen Gegensatzes von Obligation und Sachenrecht, die doch der Gesetzgeber angestrebt habe, dadurch getrübt werde. Aber es ist nun einmal glücklicher Weise dieses Bestreben, dem Entw. I das ganze Rechtsinstitut opfern wollte, hier und an mancher anderen Stelle an der Macht der Lebensverhältnisse gescheitert. — Unpassend ist der von Oberneck S. 254 herangezogene Begriff der obligatio in rem scripta, weil er persönliche Ansprüche gegen Dritte auslösen müſste.

[156] Nur gegen den ursprünglichen Verpflichteten oder dessen Gesamtnachfolger oder Konkursverwalter kann also der Vorgemerkte auch dann, wenn das Eigentum am Grundstück oder das sonst betroffene Recht inzwischen in einer ihm gegenüber unwirksamen Weise auf einen Anderen übergegangen ist, auf Auflassung, Hypothekenbestellung, Beseitigung einer Last oder Verfügungsbeschränkung, Rechtsabtretung oder Herbeiführung der sonst geschuldeten Rechtsänderung klagen.

[157] Denn der Berechtigte erleidet ja eine Einbuſse an Verfügungsmacht, eine „Minderung des rechtlichen Könnens“; Strohal a. a. O. S. 22 ff. Schon

Digitized by Google

sachenrechtlichen Erwerb insoweit, als er dem aus ihr entspringenden persönlichen Anspruch widerstreitet[158]. Sie drängt in Ansehung ihres Leistungsgegenstandes die Ansprüche anderer Gläubiger auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners in den Hintergrund[159]. Sie erzeugt aber auch einen positiven dinglichen Anspruch gegen jeden Dritten, der sich in einer ihr gegenüber unwirksamen dinglichen Rechtsstellung befindet[160]. Dieser Anspruch geht nicht auf Verschaffung der geschuldeten dinglichen Rechtsänderung[161]. Wohl aber geht er auf die nach Grundbuchrecht erforderliche Mitwirkung zur Verschaffung der dinglichen Rechtsänderung durch den persönlich Verpflichteten[162].

Die Vormerkung erlischt zusammen mit dem durch sie ge-

---

deshalb liegt in der Bewilligung der Vormerkung eine „Verfügung" über das dadurch gebundene Recht. Hierauf beruhen auch die Vorschriften in Konk.O. § 14 Abs. 2 u. § 221 Abs. 2, die während der Beschlagswirkung des Konkurses die Erlangung einer Vormerkung durch einstweilige Verfügung ausschließen und natürlich die gleiche Unwirksamkeit einer Vormerkungsbewilligung als selbstverständlich voraussetzen.

158 Oben Anm. 140.

159 Darum muſs sie der Erbe und der Konkursverwalter unverkürzt befriedigen (oben Anm. 142); darum gewährt sie im Konkurse ein Absonderungsrecht (oben Anm. 153) und wird von einem Zwangsvergleich nicht berührt (Konk.O. § 193). Überall zeigt sich, daſs der Leistungsgegenstand dem Gläubiger mit Wirkungskraft gegenüber anderen Gläubigern verstrickt ist. Vgl. Sekler S. 128, Strohal a. a. O. S. 23—24. — Im Falle der Zwangsversteigerung gibt demgemäſs die vorgemerkte Forderung die Stellung eines Realgläubigers; oben Anm. 142.

160 Oben Anm. 145. Daraus, daſs dieser Anspruch verschieden von dem Anspruch gegen den Schuldner ist, läſst sich nicht folgern, daſs die Vormerkung ein von der Forderung verschiedenes Recht sei. Vielmehr erfährt nur der Forderungsanspruch, indem er gegen Dritte erstreckt wird, eine durch seine Verdinglichung bedingte inhaltliche Beschränkung. Vgl. die folgende Anm.

161 Der Dritte ist jedoch berechtigt, selbst zu leisten, also z. B. das in sein Eigentum übergegangene Grundstück unmittelbar an den Vorgemerkten aufzulassen oder für ihn zu belasten; er befreit sich hierdurch, weil in der Verschaffung die ihm obliegende Mitwirkung zur Verschaffung enthalten ist. Vgl. Planck zu § 888 Bem. 2 a, Biermann S. 217, Sekler S. 184.

162 Der Vorgemerkte kann diese Mitwirkung vom Dritten verlangen, sobald er vom Verpflichteten die Leistung verlangen kann; zugleich aber haftet ihm der Verpflichtete persönlich für Verschaffung der Mitwirkung. — Die Mitwirkung ist für den Eintritt der Rechtsänderung nur insoweit erforderlich, als nach Grundbuchrecht ohne sie die zur Rechtsänderung notwendige Eintragung nicht erfolgt. So erlangt, wenn ein Dritter vormerkungswidrig Eigentümer geworden ist, der Vorgemerkte das Eigentum auf Grund der vom verpflichteten Nichteigentümer vollzogenen Auflassung nur mit Hülfe der Zustimmung des

Digitized by Google

sicherten Anspruch, sobald dieser durch Verwirklichung der dinglichen Rechtsänderung, auf die er sich richtet, befriedigt ist. Sie erlischt aber ebenso, wenn der Anspruch aus irgend einem anderen Grunde weggefallen ist[163]. Auch kann sie, wenn der Vorgemerkte unbekannt ist, durch ein im Aufgebotsverfahren erlassenes Ausschlufsurteil entkräftet werden[164]. In allen diesen Fällen hat die Löschung der Vormerkung die Bedeutung einer Berichtigung des Grundbuchs[165]. Im übrigen erlischt die Vormerkung durch Löschung, die auf Grund einer Verzichtserklärung des Vorgemerkten oder, falls die Eintragung auf einstweiliger Verfügung beruht, auf Grund eines sie aufhebenden Urteils oder endlich, falls die Eintragung von Amts wegen stattgefunden hat, von Amts wegen zu erfolgen hat[166], die aber auch dann, wenn sie ungerechtfertigt ist, zerstörend wirkt[167].

Dritten, ohne die das Grundbuchamt ihn nicht als Eigentümer eintragen darf. Ebenso kommt die Bestellung einer vorgemerkten Hypothek durch den dazu verpflichteten früheren Eigentümer oder die Wiederherstellung eines vormerkungswidrig aufgehobenen Rechts nur mit Eintragungsbewilligung des jetzigen Eigentümers zustande. Soweit dagegen das vorgemerkte Recht ohne Mitwirkung des Dritten eingetragen wird, erwirbt es der Vorgemerkte unbeeinträchtigt durch die ihm gegenüber unwirksam eingetragenen Rechte, so dafs sein Anspruch aus § 888 nur die Zustimmung zur Beseitigung eines unrichtigen buchmäfsigen Scheines bedeutet und sich mit dem Berichtigungsanspruch aus § 894 deckt. Dies ist z. B. der Fall, wenn der mit Eigentumsanspruch Vorgemerkte nach Erlangung des Eigentums die Zustimmung eines Dritten zur Löschung des für ihn auf Grund vormerkungswidriger Bestellung eingetragenen Grundpfandrechts verlangt. Nicht anders verhält es sich auch dann, wenn das Recht des Vorgemerkten unter Verletzung der grundbuchrechtlichen Vorschriften ohne Zustimmung des Dritten eingetragen ist. Denn ein materiellrechtliches Erfordernis der Rechtsänderung ist die Mitwirkung dessen, der ein dem Vorgemerkten gegenüber unwirksames Recht erworben hat, niemals. Vgl. Biermann S. 205 ff. u. zu § 888; zum Teil abweichend Planck u. Kober zu § 888, sowie Sekler § 18—19.

[163] Steht dem in seinem Recht Betroffenen nur eine dauernde Einrede zu, so erlischt zwar die Vormerkung nicht von selbst, der Betroffene kann aber vom Gläubiger ihre Beseitigung verlangen; B.G.B. § 886. Der Beseitigungsanspruch ist kein Berichtigungsanspruch, aber dinglicher Natur; vgl. Biermann S. 220 ff., Sekler S. 275 ff.

[164] B.G.B. § 887; Biermann S. 222 ff., Sekler S. 278 ff.

[165] Sie kann also mit dem Berichtigungsanspruch erzwungen werden; Planck zu § 894 Bem. II 3b, Biermann zu § 886 Bem. 2a, Dernburg § 51 Z. 8, Sekler S. 145 ff.

[166] Biermann S. 221 ff., Sekler § 24—26.

[167] Das Grundbuch ist also nicht unrichtig; die Wiederherstellung kann nicht mit dem Berichtigungsanspruch, sondern nur mit einer Kondiktion erreicht werden; Biermann S. 224, Kretzschmar S. 198, Turnau-Förster zu § 886 Bem. II 4. A. M. Sekler S. 146 u. 260.

Digitized by Google

2. Widerspruch[168]. Der Widerspruch dient zur Sicherung dinglicher Rechte, die durch Unrichtigkeit des Grundbuchs gefährdet werden. Ein Widerspruch kann daher eingetragen werden zum Schutze des bestehenden, aber nicht oder für einen Anderen eingetragenen Eigentums oder eines bestehenden, aber nicht oder für einen Anderen eingetragenen oder unrichtig gelöschten begrenzten Rechtes am Grundstücke oder an einem Grundstücksrechte; zum Schutze des Eigentums oder eines anderen Rechts gegen eine eingetragene, aber nicht oder doch nur in geringerem Umfange bestehende Belastung oder Verfügungsbeschränkung; zum Schutze des wirklichen Inhaltes oder Ranges eines Rechts gegen eine es beeinträchtigende unrichtige Eintragung[169]. Die Eintragung erfolgt auf Grund der Bewilligung des in seinem Rechte Betroffenen oder auf Grund einstweiliger Verfügung[170], in manchen Fällen auch von Amts wegen[171]. Die Wirkung des Widerspruchs besteht darin, dafs er insoweit, als er die Unrichtigkeit des Buches kundmacht, den öffentlichen Glauben desselben zerstört, auch die Buchersitzung auf Grund unrichtiger Eintragung hemmt und die Ansprüche aus dem unrichtig gelöschten oder nicht eingetragenen Recht vor Verjährung schützt[172]. Der Widerspruch ist so wenig, wie die Vormerkung, ein besonderes Recht. Er verschafft nur einem zur Erscheinung im Grundbuch bestimmten dinglichen Recht, dessen sofortiger buchrechtlicher Verkörperung irgend ein Hindernis entgegensteht, eine vorläufige Publizität. Diese vorläufige Publizität aber hat

---

[168] B.G.B. § 899; K. Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach deut. Reichsrecht, Leipzig 1899, S. 71 ff.; Biermann a. a. O. (oben Anm. 134) S. 71 ff.

[169] Bei der Hypothek nach Mafsgabe der §§ 1138, 1155 u. 1157 auch zum Schutze der Forderung und der Einreden aus dem Schuldverhältnisse. — Dagegen kann ein Widerspruch gegen eine Vormerkung oder gegen einen Widerspruch nicht eingetragen werden, da beiderlei Vermerke, wenn sie unrichtig sind, das betreffende Recht nicht gefährden; Jahrb. des K.Ger. XX S.A 217, XXI S.A 147, 286, Fuchs zu § 899 Bem. 2, Schilde a. a. O. S. 80, Dernburg § 51 Anm. 12 u. 17. A. M. Biermann S. 83 ff., Planck zu § 894 Bem. 3.

[170] Es gilt das oben Anm. 138 Gesagte; Biermann S. 102 ff.

[171] Oben § 118 Anm. 43, 49, 64, 68. Doch hat der Widerspruch in den Fällen der §§ 23 u. 24 Grdb.O. eine besondere Natur, da er Richtigkeit des Grundbuchs behauptet und sich gegen verfrühte Löschung wendet.

[172] B.G.B. § 892 Abs. 1, § 900 Abs. 1 S. 3, § 902 Abs. 2; Biermann S. 91 ff. — Eine stärkere Wirkung hat der Widerspruch im Zwangsversteigerungsverfahren, indem die durch ihn gesicherten Rechte bei der Feststellung des geringsten Gebots wie eingetragene berücksichtigt werden, Zw.V.G. § 48.

Digitized by Google

nur negative Kraft; sie begründet nicht, sondern zerstört buchmäfsigen Schein. Darum entkräftet der Widerspruch das der wahren dinglichen Rechtslage widerstreitende Scheinrecht. Dagegen vermag er die Wirkungen der endgültigen Publizität nicht vorweg zu nehmen; er erzeugt keine buchrechtliche Vermutung und nimmt nicht teil am öffentlichen Glauben des Buchs[173]. Ist er oder wird er unrichtig, so ist er schlechthin wirkungslos; einem Buchrecht, das zugleich wahres Recht ist, entzieht er nichts von seiner Kraft. Er sperrt daher auch keineswegs das Grundbuch. Buchrechtliche Verfügungen über das betroffene Recht bleiben möglich und haben nur eben keine der wahren dinglichen Rechtslage widersprechenden, wohl aber alle ihr entsprechenden Wirkungen. Die endgültige Eintragung des durch Widerspruch gesicherten Rechts erfolgt im Wege der Berichtigung des Grundbuchs. Beendigt wird die Wirksamkeit des Widerspruchs durch dessen Löschung[174].

XII. Berichtigung des Grundbuchs[175]. Wenn das Grundbuch in Ansehung der von ihm bestimmungsmäfsig zu bekundenden Rechtsverhältnisse unrichtig ist, weil sein Inhalt mit der dinglichen Rechtslage nicht übereinstimmt, geht das wahre Recht dem buchmäfsigen Scheine vor. Allein es ist je nach den Umständen durch den Mangel der buchrechtlichen Legitimation gelähmt, durch die Vermutung für die Richtigkeit der Bucheinträge benachteiligt und durch den öffentlichen Glauben des Buches, sowie durch die Möglichkeit der Buchersitzung oder Buchversitzung mit endgültigem Untergange bedroht. Jeder dinglich Berechtigte hat daher ein dringendes Interesse an der Herstellung des Einklanges zwischen seinem Recht und dem Inhalt des Grundbuchs. Die Rechtsordnung kommt ihm dadurch zu Hülfe, dafs sie ihm einen öffentlichrechtlichen und einen privatrechtlichen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gewährt.

Der öffentlichrechtliche Berichtigungsanspruch richtet sich gegen das Grundbuchamt, das dem Antrag auf Be-

---

[173] Biermann S. 96 ff.; Kober zu § 899 Bem. II 2.

[174] Über die Voraussetzungen der Löschung vgl. Biermann S. 126 ff. Die Löschung eines unbegründeten Widerspruchs ist Berichtigung des Grundbuchs. Auch ungerechtfertigte Löschung entzieht dem Widerspruch jegliche Kraft; Biermann S. 127; a. M. Schilde S. 18, Fuchs zu § 899 Bem. 7.

[175] Vgl. die oben Anm. 168 angef. Schrift von Schilde. — Über das bisherige Recht vgl. Dernburg, Preuß. P.R. I § 201, Regelsberger § 38 u. 99—100, Siegmann § 46, v. Meibom § 11, Roth III 44 ff.; über das österr. R. Exner § 10 ff.

Digitized by Google

richtigung des Grundbuchs entsprechen mufs, sobald die formellen Voraussetzungen für die hierzu erforderliche Eintragung oder Löschung erfüllt sind. Da regelmäfsig der gehörige Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs ausreicht[176], kann in vielen Fällen die Berichtigung des Grundbuchs durchgesetzt werden, ohne dafs eine Mitwirkung der davon in ihrem Rechte Betroffenen erforderlich wäre[177].

Daneben aber ist im B.G.B. ein privatrechtlicher Berichtigungsanspruch anerkannt, um da, wo der einseitige Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht genügt oder nicht erbracht wird, von den Passivbeteiligten die erforderliche Mitwirkung zur Grundbuchberichtigung zu erzwingen[178]. Dieser Berichtigungsanspruch steht Jedem zu, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist[179]. Er richtet sich gegen Jeden, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird[180]. Seinen Inhalt bildet die Zustimmung zu der

[176] Oben § 118 Anm. 49 mit Anm. 39 u. 64; Schilde a. a. O. S. 82 ff.

[177] So namentlich im Falle des Erbganges die Berichtigung des durch den Tod des eingetragenen Berechtigten unrichtig gewordenen Grundbuchs mittels Umschreibung auf den Erben. Oder im Falle der Abtretung oder Verpfändung eines Briefgrundpfandrechts mittels öffentlich beglaubigter Erklärung und Übergabe des Briefs die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des neuen Gläubigers oder des Pfandrechts. Oder im Falle des Erwerbes eines Grundpfandrechts durch den Eigentümer die Umschreibung auf dessen Namen. Oder im Falle der Konkurseröffnung die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der eingetretenen Verfügungsbeschränkung.

[178] B.G.B. § 894—898. Der Berichtigungsanspruch wird hier nur gewährt, wenn der Inhalt des Grundbuches „in Ansehung eines Rechtes am Grundstück, eines Rechtes an einem solchen Rechte oder einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs. 1 bezeichneten Art“ unrichtig ist. Er erstreckt sich aber auch auf unrichtige Vormerkungen (oben Anm. 165) und Widersprüche (oben Anm. 174). Bei Hypotheken ist das Anwendungsgebiet der §§ 894—898 durch Hineinziehung der Forderung und der Einreden erweitert; § 1138.

[179] B.G.B. § 894. Auch wegen Nichteintragung oder irriger Löschung einer Verfügungsbeschränkung hat jedenfalls der einen Berichtigungsanspruch, der dadurch in einem dinglichen Recht gefährdet wird. So z. B. der Fideikommifsanwärter. — Aus einem blofs persönlichen Anspruch entspringt niemals ein Berichtigungsanspruch; R.Ger. LIII Nr. 93.

[180] B.G.B. § 894. Dies ist nicht blofs der als berechtigt Eingetragene, dem bei Briefgrundpfandrechten der legitimierte Briefbesitzer gleichsteht (§ 1155), sondern auch der nicht eingetragene Rechtsnachfolger (z. B. der Erbe). Im Falle der Konkurseröffnung ist der Konkursverwalter passiv legitimiert.

Digitized by Google

Berichtigung des Grundbuchs[181], überdies aber, wenn das betroffene Recht nicht eingetragen und dessen Zwischeneintragung zur Berichtigung erforderlich ist, die Bewirkung dieser Eintragung[182], sowie, wenn zur Berichtigung die Vorlegung eines Grundpfandbriefes erforderlich ist, die Vorlegung des Briefes beim Grundbuchamt[183]. Alle diese Ansprüche sind unverjährbar[184]. Die Kosten der Berichtigung und der dazu erforderlichen Erklärungen hat der zu tragen, der die Berichtigung verlangt, sofern nicht aus einem zwischen ihm und dem Berichtigungspflichtigen bestehenden Rechtsverhältnis sich ein Anderes ergibt[185].

Der privatrechtliche Berichtigungsanspruch ist dinglicher Natur[186]. Er ist ein Ausfluſs des dinglichen Rechts, das durch die Unrichtigkeit des Grundbuchs beeinträchtigt wird, und erscheint nur als ein Anwendungsfall des im Wesen des dinglichen Rechts begründeten negatorischen Anspruchs, kraft dessen von Jedem, der das Recht beeinträchtigt, die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangt werden kann[187]. Somit ist es ein Eigentums-

[181] B.G.B. § 894. Die Zustimmungserklärung ist in grundbuchmäſsiger Form abzugeben. Sie wird durch rechtskräftige Verurteilung zur Zustimmung ersetzt; C.Pr.O. § 894. — Über die Zulässigkeit materieller Einreden vgl. Schilde S. 68 ff., Biermann zu § 894 Bem. 2 d, Kober Bem. IV 1, Planck Bem. IV, Fuchs Bem. 6 c.

[182] B.G.B. § 895. Hat der Berichtigungskläger die rechtskräftige Verurteilung des Gegners, sein Recht eintragen zu lassen, erzielt, so ersetzt das Urteil den nach Grdb.O. § 13 erforderlichen Antrag; Seuff. LVI Nr. 142. Der Berichtigungsberechtigte kann aber nach Grdb.O. § 14 auch schon, wenn er wegen seines Berichtigunganspruchs einen vollstreckbaren Titel erlangt hat, selbst die Zwischeneintragung beantragen; oben § 118 Anm. 39.

[183] B.G.B. § 896. Der Anspruch geht gegen jeden Besitzer des Briefes; R.Ger. XLVII 158.

[184] B.G.B. § 898. Natürlich erlischt aber der Berichtigungsanspruch, wenn das Grundbuch durch Buchersitzung oder Buchversitzung wieder richtig geworden ist.

[185] B.G.B. § 897. Als ausreichender Grund der Abwälzung der Kostenlast ist schuldhafte Verursachung der Unrichtigkeit des Buchs durch den Gegner anzusehen.

[186] Darum ist er im dinglichen Gerichtsstande geltend zu machen (C.Pr.O § 24) und bleibt vollwirksam im Konkurse.

[187] Vgl. Dernburg § 49 Z. 3, Fuchs zu § 894 Bem. 1 a, Biermann Bem. 2 a, Planck Bem. I; vgl. für das preuſs. R. Strieth. XXIV 204 ff., O.Trib. LXXX 55. Sachlich übereinstimmend Cosack § 179 III 3, der aber diesen wie jeden Anspruch auf ein Tun für obligatorisch hält. Abweichend Schilde S. 51 ff., der den von ihm unzulässig erweiterten Berichtigungsanspruch nicht aus dem dinglichen Recht, sondern als eine Art Feststellungs-

Digitized by Google

anspruch, mit dem der wahre Eigentümer gegen den eingetragenen Scheineigentümer die Eintragung als Eigentümer durchsetzen kann [188]. Es ist ebenso ein Eigentumsanspruch, mit dem der eingetragene Eigentümer die Löschung oder Änderung einer eingetragenen, aber in Wahrheit nicht oder mit anderem Inhalt bestehenden Belastung oder Beschränkung zu erzielen vermag [189]. So leitet auch, wer ein begrenztes dingliches Recht an einem Grundstück hat, aus seinem dinglichen Rechte die Ansprüche her, die ihm dazu verhelfen, daſs sein nicht eingetragenes oder irrig gelöschtes Recht eingetragen oder wieder eingetragen, sein auf einen fremden Namen eingetragenes Recht auf seinen Namen umgeschrieben, ein ihm nachteiliger unrichtiger Vermerk über den Inhalt oder den Rang seines Rechts abgeändert, eine eingetragene, aber nicht bestehende Belastung oder Beschränkung seines Rechts gelöscht wird [190]. In gleicher Weise entnimmt, wer ein nicht eingetragenes oder unrichtig eingetragenes oder zu Unrecht gelöschtes Nieſsbrauchs- oder Pfandrecht an einem das Grundstück belastenden Recht hat, dem Nieſsbrauch oder Pfandrecht die Ansprüche, mit denen er die

---

anspruch aus dem Berichtigungsinteresse entspringen läſst. Gegen die Dinglichkeit auch Ramdohr b. Gruchot XLIV 361 ff.

[188] Vgl. auch für das preuſs. R. R.Ger. XX Nr. 81. — Dieser Eigentumsanspruch ist nach dem B.G.B. unabhängig von anderen Eigentumsansprüchen und steht in gleicher Weise dem besitzenden und dem nicht besitzenden Eigentümer gegen den nicht besitzenden wie den besitzenden Scheineigentümer zu. Die Berichtigungsklage gegen den besitzenden Scheineigentümer kann natürlich mit der Klage auf Herausgabe aus § 985 verbunden werden. Es ist aber möglich, daſs die Klage auf Herausgabe an einer Einrede scheitert, die den Berichtigungsanspruch nicht berührt. So kann auch, wenn der Herausgabeanspruch gegen den besitzenden Bucheigentümer verjährt, jedoch die Buchersitzung aus § 900 noch nicht vollendet ist, noch aus dem unverjährbaren Berichtigungsanspruch geklagt werden. Ebenso wird, wenn ein Dritter besitzt, durch die Verjährung des Herausgabeanpruchs gegen den Besitzer der Berichtigungsanspruch gegen den nicht besitzenden Bucheigentümer nicht entkräftet. Vgl. Oberneck S. 236, Böhm S. 72, Schilde S. 68 ff., Fuchs (Bem. 2), Turnau-Förster (Bem. 2) u. Biermann zu § 898. A. M. Endemann § 66 Z. 2 a, Planck (Bem. 2) u. Kober zu § 898.

[189] Vgl. R.Ger. XXXVIII Nr. 66. Der Anspruch kann mit anderen Ansprüchen aus B.G.B. § 1004 verbunden werden.

[190] Vielfach muſs er dabei gegen verschiedene Berechtigte vorgehen. Verlangt er die Wiedereintragung seines unrichtig gelöschten Rechts, so hat er nicht bloſs den Eigentümer, sondern auch alle Realberechtigte, deren Rechte einen scheinbaren Rang aufgeben sollen, zu überwinden. Will er die Löschung oder Rangentkleidung eines seinem Recht scheinbar vorgehenden Grundpfandrechtes durchsetzen, so muſs er sich auch gegen den Eigentümer wenden.

Digitized by Google

Beteiligten zwingt, zur Eintragung, Anderseintragung oder Wiedereintragung seines Rechtes mitzuwirken. Als Ausflufs des dinglichen Rechts folgt der Berichtigungsanspruch dessen rechtlichen Schicksalen, kann aber der Ausübung nach auch selbständig übertragen oder gepfändet werden[191].

Die Wirkung der Berichtigung des Grundbuches besteht nicht in einer sachenrechtlichen Änderung, sondern in der Zerstörung eines falschen buchmäfsigen Scheins. Sie tritt daher rückwärts für den Zeitpunkt ein, von dem an das Grundbuch unrichtig war. Allein die inzwischen auf Grund des öffentlichen Glaubens eingetretenen Änderungen der wirklichen Rechtslage bleiben selbstverständlich in Kraft[192].

Verschieden von unrichtigen Eintragungen sind nichtige Bucheinträge. Nichtig sind Bucheinträge, die entweder unzulässig sind oder an einem wesentlichen Formmangel leiden[193]. Solche Einträge sind wirkungslos[194]. Ihre Entfernung kann von

---

[191] Da der Berichtigungsanspruch auf Mitwirkung zur buchmäfsigen Beurkundung der wahren dinglichen Rechtslage geht, kann er bis zur Abtretung des Rechts selbst immer nur so abgetreten werden, dafs der Anspruchszessionar zu seiner Geltendmachung für den Zedenten befugt wird. Wenn daher z. B. der nicht eingetragene Eigentümer seinen Berichtigungsanspruch abtritt, so kann der Zessionar, da er hierdurch nicht Eigentümer geworden ist, vom Bucheigentümer nur die Zustimmung zur Eintragung des wahren Eigentümers, nicht die Zustimmung dazu, dafs er selbst als Eigentümer eingetragen werde, verlangen. Würde er selbst (entgegen Grdb.O. § 20) eingetragen, so würde er trotzdem nur, wenn schon eine Auflassung vorangegangen ist (vgl. z. B. R.Ger. XLVI Nr. 56), sofort, sonst erst durch nachträgliche Auflassung das Eigentum erlangen. Vgl. R.Ger. LIII Nr. 102, Planck zu § 894 Bem. III 3, Turnau-Förster Bem. II 11, Kober Bem. III 3; abweichend R.Ger. b. Gruchot XLV 942, Dernburg § 119 Z. 1, Biermann zu § 894 Bem. 2 g. — Ebenso kann die selbständige Pfändung des Berichtigungsanspruchs nur darauf abzielen, dafs für den Gläubiger das nicht eingetragene Recht des Schuldners durch Eintragung auf dessen Namen der Zwangsvollstreckung zugänglich gemacht werde. Vgl. Rechtspr. der O.L.G. II 152, VII 315.

[192] Vgl. Preufs. E E.G. § 9 Abs. 2. Das Schutzmittel hiergegen ist der Widerspruch.

[193] So z. B. nach heutigem Recht die Eintragung eines Miets- oder Pachtrechts, einer Hypothek für eine nicht auf einen Geldbetrag lautende Forderung, einer Zwangshypothek für einen Betrag unter 300 Mk.; oder die Eintragung eines Grundpfandrechts, bei dem hinsichtlich des Geldbetrages auf die Eintragungsbewilligung verwiesen wäre.

[194] Vgl. für das bisherige Recht Dernburg, Preufs. P.R. § 201 Z. 1, v. Meibom § 11, Regelsberger S. 152, Roth III 44; für das österr. R. Exner § 10.

Digitized by Google

Amts wegen erfolgen[195]. Doch kann auch der, dem die Eintragung im Falle ihrer Gültigkeit nachteilig sein würde, gegen den, dem sie Vorteil brächte, auf Zustimmung zu ihrer Beseitigung klagen[196].

Umgekehrt sind alle Bucheinträge, die mit der wirklichen dinglichen Rechtslage übereinstimmen, auch dann, wenn sie unbegründet sind, richtig und somit einer „Berichtigung" entzogen. Ihre Beseitigung kann nur auf Grund eines persönlichen Anspruchs gegen den dinglich Berechtigten durchgesetzt werden. Die Anfechtungsklage ist hier also eine Kondiktion; sie gründet sich auf ungerechtfertigten Verlust von dinglichem Recht und geht auf Herausgabe von ungerechtfertigt erworbenem dinglichen Recht[197]. Hat sie Erfolg, so erzwingt sie eine sachenrechtliche Änderung, die schlechthin nur für die Zukunft wirkt.

Drittes Kapitel.

Das Eigentum.

Erster Titel.

Das Eigentum überhaupt.

§ 120. Das Eigentum und die begrenzten dinglichen Rechte[1].

I. Begriff. Unter den Sachenrechten nimmt das Eigentum eine besondere Stellung ein. Es ist das dingliche Recht, das

[195] Oben § 118 VIII 7. Ebenso Preufs. Grdb.O. § 97—98, Anhalt. G. § 24, Österr. Grdb.G. § 104 (nach Vernehmung der Beteiligten).

[196] Vgl. Dernburg a. a. O. Anm. 5, v. Meibom S. 86 ff., Roth a. a. O. Anm. 115; Österr. G. § 61. Auch nach B.G.B. ist eine solche Klage, obschon sie nicht auf einem Berichtigungsanspruch beruht, zulässig.

[197] Vgl. oben S. 316 ff. und S. 330 ff. — Von den bisherigen Gesetzen kannten die, die der Eintragung formelle Rechtskraft beilegten (oben Anm. 35), überhaupt keine dingliche Berichtigungsklage, sondern nur eine persönliche Klage auf Rechtsänderung. Die übrigen Gesetze liefsen sowohl die dingliche wie die persönliche Klage nach Mafsgabe des bürgerlichen Rechts zu, sprachen aber meist, insoweit sie überhaupt Bestimmungen enthielten, unterschiedslos von einer „Anfechtungsklage"; so Preufs. E.E.G. § 9—10, Anhalt. G. § 10.

[1] Über das ältere deutsche Recht vgl. die oben Anm. 1 zu § 113 angeführten

Digitized by Google

auf Beherrschung der Sache im Ganzen gerichtet ist. Ihm gegenüber erscheinen alle anderen Sachenrechte, weil sie die Sache nur in bestimmten Beziehungen ergreifen, als begrenzte dingliche Rechte.

Dieser Gegensatz ist ungleicher Ausgestaltung fähig und hat eine nach Völkern und Zeiten mannigfach verschiedene Prägung erfahren. Infolge hiervon hat auch der Eigentumsbegriff seine Gestalt gewechselt[2].

Schriften von Fr. Stein, Rückert u. v. Duhn und die in Anm. 1 zu § 117 angef. Schrift von Beyerle. Ferner: Arnold, Zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten, Basel 1861. Gierke, Gen.R. II 137 ff. Rosenthal, Zur Geschichte des Eigentums in der Stadt Würzburg, Würzburg 1878. Halban-Blumenstock, Entstehung des deutschen Immobiliareigentums, Bd. I, Innsbruck 1894. Heusler, Inst. II § 47 ff. v. Amira, Recht S. 150 ff. Huber IV § 150 ff. Schröder, R.G. S. 274 ff., 710 ff. Dazu E. Laboulaye, Histoire du droit de propriété foncière en Occident, 1839. Arnold, Kultur und Recht der Römer, Berlin 1868, S. 171 ff. H. des Marez, Étude sur la propriété foncière dans les villes du moyen-age et spécialement en Flandre, Gand 1898. — Von den Darstellungen des deut. P.R. vgl. bes. Beseler § 80 ff., Gengler § 40 ff., Roth III § 230 ff., Gerber-Cosack § 70 ff., Stobbe II § 78 ff., Stobbe-Lehmann II § 94 ff. — Von der romanistischen Literatur: K. Sell, Römische Lehre des Eigentums nebst Einleitung, 1852. Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit, 1857—1859. Girtanner, Jahrb. f. D. III (1860) S. 58 ff. Pflüger, Arch. f. c. Pr. LXXVIII (1892) S. 389 ff. Randa, Das Eigentumsrecht, I (2. Aufl.), Leipzig 1893. Windscheid, Pand. I § 167 ff. Dernburg, Pand. I § 192 ff. Graf Piniński, Begriff und Grenzen des Eigentumsrechts nach röm. R., Wien 1902. Vgl. auch Landsberg, Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum, Leipzig 1883. R. Maschke, Das Eigentum im Civil- und Strafrecht, Berlin und Leipzig 1895. — Über das preuß. R. Dernburg I § 215 ff. u. Förster-Eccius III § 166 ff. — Über das österr. Randa a. a. O. u. Krainz I § 192 ff. — Über das württemb. Lang § 15 ff. — Über das französ. Zachariae-Crome I § 166 ff. (früher § 193 a ff.). — Über das schweizer. Huber III § 75 ff. — Über das Recht des B.G.B. Endemann II § 68 ff., Cosack § 195 ff., Dernburg III § 61 ff. Dazu Stammler, Eigentum und Besitz, Handwörterb. der Staatsw. III 302 ff.; Schloſsmann, Über den Begriff des Eigentums, Jahrb. f. D. XLV 289 ff. — Von der volkswirtschaftlichen Lit. bes. A. Wagner, Allgemeine oder theoretische Volkswirtschaftslehre I, 2. Aufl. 1879, S. 502 ff.; A. Samter, Das Eigentum in seiner sozialen Bedeutung, Jena 1879; v. Scheel, Eigentum, Handwörterbuch der Staatswiss. III 294 ff.

[2] Auch das Eigentum ist eine historische, keine logische Kategorie. Aus römischer Auffassung geschöpft und für uns unbrauchbar sind die Definitionen, nach denen das Eigentum ein „an sich“ schrankenloses oder absolutes und ausschließliches Recht ist (z. B. Arndts § 130, v. Vangerow I § 295 Anm. 1, Windscheid I § 167, Gerber § 76) und daher alle Eigentums-

Digitized by Google

II. Die ursprüngliche deutsche Eigentumsordnung. Das deutsche Recht kannte, soweit wir zurückblicken, eine von der Ordnung der Gewere verschiedene Ordnung des materiellen Sachenrechts, die für Verbände und Einzelne Herrschaftsrechte mehr oder minder voller Art an beweglichen und unbeweglichen Sachen begründete[3]. Allein in seinem Jugendalter fehlte ihm sowohl der abstrakte Begriff des dinglichen Rechts, wie der begriffliche Gegensatz zwischen Eigentum und begrenzten dinglichen Rechten.

Der Begriff des dinglichen Rechts blieb in der konkreten Vorstellung der rechtlichen Herrschaft an den verschiedenen Sachgütern stecken. Zu seinem allgemeinen Ausdrucke dienten Wendungen, die den Berechtigten als Herrn der Sache, die Sache als die seine oder als ihm gehörig bezeichneten[4]. Dagegen gab es keinen technischen Namen, der das

beschränkungen entweder einen Bruch mit der Konsequenz des Eigentumsbegriffs enthalten (Windscheid § 168) oder nicht das Eigentum selbst, sondern nur dessen Ausübung treffen (Neuner, Wesen und Art der Privatrechtsverh. S. 55, Bruns in v. Holtzendorffs Encykl. I § 33 Nr. 2, Förster u. Eccius III § 166). Einen römischen Gedanken, der uns fremd ist, geben auch die Begriffsbestimmungen wieder, nach denen das Eigentum den Sachkörper rechtlich aufzehrt, zu einem Stück oder einer Eigenschaft der Person macht, mit der Persönlichkeit erfüllt usw. (Wirth, Beiträge zum System des röm. Civilr., 1856, § 19 ff., Brinz, Pand. 2. Aufl., I 470 ff., Pagenstecher a. a. O. I § 1, Girtanner a. a. O. S. 67 ff., Leist, Zivilist. Studien III 49 ff.). Für das heutige Recht darf der Begriff des Eigentums nur so gefafst werden, dafs er von vornherein die Relativität und Beschränktheit der privaten Sachherrschaft in sich schliefst, die Abzweigung von Teilherrschaft offen hält und die koordinierte Stellung der begrenzten dinglichen Rechte wahrt. Vgl. hierzu G. Hartmann, Rechte an eigner Sache, Freiburg 1877, S. 73 ff.; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 161 ff.; Jhering, Zweck im Recht I 506 ff.; Randa § 1; Dernburg a. a. O.; Stobbe II § 78 Anm. 1; Lehmann b. Stobbe II § 94; R. Maschke a. a. O. S. 158 ff. u. 183. Vgl. auch die Besprechung der verschiedenen Begriffsbestimmungen bei E. Huber, Die Eigentümerdienstbarkeit, Bern 1902, S. 25 ff., der aber keine eigne Definition gibt. Ferner Stamler a. a. O. S. 303 ff., der aber mit seiner eignen Definition, nach der das Eigentum „das in letzter Linie mafsgebende Rechtsverhältnis an Sachen ist", von vornherein die deutschrechtlichen Eigentumsgebilde ausschliefst. Weiter Schlofsmann a. a. O. S. 338 ff., der jedoch dadurch, dafs er das Eigentum lediglich als Ausschließungsrecht definiert, mit allen geschichtlichen Vorstellungen in Widerspruch tritt.

[3] Vgl. oben § 113 Anm. 9; Gierke a. a. O. S. 137 ff.; Heusler, Inst. II 4 ff.; v. Amira a. a. O. S. 150 ff., 156.

[4] In formelhafter Weise wird bei der Fahrnisklage schon nach den Volksrechten vom Kläger behauptet, die herausverlangte Sache sei „res sua";

Digitized by Google

dingliche Recht als solches seinem Gegenstande gegenübergestellt hätte. Das Herrschaftsrecht wurde vielmehr stets in seiner inhaltlichen Fülle mit der beherrschten Sache zusammen gedacht und demgemäfs durch einen zugleich die Sache bedeutenden Namen ausgedrückt[5]. Darum bildete der Sprachgebrauch für das Herrschaftsrecht an verschiedenen Sachgattungen und namentlich an liegendem und fahrendem Gut besondere Namen, die von vornherein einen ungleichen Rechtsinhalt verkündeten. Das Herrschaftsrecht an einer Liegenschaft nannte man gleich seinem Gegenstande „eigen“ (proprium, proprietas)[6], bei ererbtem Gute auch „erbe“ (hereditas) oder „eigen und erbe“[7]. Das Herrschaftsrecht

---

vgl. l. Sal. 37, 47, Cap. VI ad leg. Sal. c. 12, l. Rib. 33 § 1, 47 § 1, 58 § 8. ed. Rothar. c. 231 u. 232. Ebenso nach den späteren deutschen Quellen, dafs die Sache „sin were und noch sin sie“; Richtst. Landr. 11 § 3, 16 § 1, Magdeb.-Bresl. R. v. 1295 § 6 u. 7, Rechtsb. n. Dist. IV c. 42 d. 5, Lüneb. Stat. 48, Gosl. Stat. S. 98 Z. 19 ff., Stadtr. v. Colmar Art. 23 b. Gaupp I 118, usw. Hiermit wird aber durchaus nicht gerade Eigentum, sondern irgend ein materielles Besitzrecht, das nur eben besser als das des Beklagten sei, in Anspruch genommen. Der Kläger behauptet, dafs das Gut „sin si mit mererem rechte denne anders jemandes“; Freiberg. Stat. S. 189, 190; Bamb. R. Art. 110. Vgl. Laband, Vermögensr. Kl. S. 108 ff; Heusler, Inst. II 210. Einen ebenso unbestimmten und allgemeinen Sinn haben die schon in der l. Salica begegnenden Ausdrücke, die Jemanden als dominus einer Liegenschaft (l. Sal. 27 § 23, 34 § 4) oder diese als „res sua“ (l. Sal. 9 § 1—2, 27 § 13) bezeichnen; Halban-Blumenstock a. a. O. S. 240 ff. So auch im alten Immobiliarprozefs; Hübner, Immobiliarprozefs S. 34 ff., 104 ff.; Expos. zu ed. Rothar. 277. Auch im Sachsenspiegel heifst der dinglich Berechtigte, mag er Eigentümer sein oder ein schwächeres Besitzrecht haben, der „herr“ der Sache, „der dem dat gut to horet“, „des dat gut (de stat, dat lant) is“; vgl. Sachsensp. I Art. 20 § 2, 35 § 2, II Art. 37 § 1—2, 56 § 2, 57 usw.; Homeyer, Glossar s. v. „Eigenthum“ S. 416 ff.

[5] Das gemeingermanische Wort „eigen“, ursprünglich adjektivisches Partizip von „eigan“ (haben), ist schon in der Urzeit zum Hauptworte, das den gehabten Gegenstand bedeutet, geworden; v. Amira S. 150. Später wird das Wort „gut“ bei der Gegenüberstellung von „gut und gewere“ in dem allgemeinen Sinne von materiellem Sachenrecht (Besitzrecht) gebraucht; Sachsensp. II Art. 18 § 2, III Art. 88 § 5; Albrecht, Gewere S. 34; Homeyer, Sachsensp. II, 2 S. 424.

[6] Ducange s. v. „Proprietates“ und „Proprium“; Haltaus s. v. „Eigen“; Homeyer, Glossar zum Sachsensp s. v. „Eigen“; Sachsensp. I Art. 32, 52 § 1, 62 § 6 usw.; oben § 101 Anm. 13. — Erst spät und vereinzelt wird auch Fahrnis darunter begriffen. So im Kl. Kaiserr. II Art. 90 unter „eygen gut“. Oder im Bremer Stat. v. 1303 ord. 27, wenn Jemand varende habe in fremder were als „sin echtliken egen“ anspricht.

[7] L. Saxon. 61, 62, 64; l. Angl. et Werin. t. 13; Stellen b. Kraut § 63 Nr. 32—36; Grimm, W. III 414 § 9, V 716 § 26. — Später bedeutet „erbe“

Digitized by Google

an Fahrnis nannte man gleich seinem Gegenstande „varnde habe" oder „varend gut" [8]. Umgekehrt wurden die für Herrschaftsrechte von ungleichem Rechtsinhalte geprägten unterscheidenden Namen zugleich zu Bezeichnungen für die dadurch ausgesonderten Sachgattungen. Darum drückten auch Worte, wie Lehen, Zinsgut, Leibzucht, Pfand usw., in doppelsinnigem Gegensatze zu „Eigen" sowohl die entsprechenden unvollkommenen Sachenrechte, wie die davon ergriffenen Sachen aus [9].

Der Gegensatz von Eigentum und begrenztem dinglichen Recht verschwand ursprünglich in der Form stärkerer und schwächerer Formen desselben Herrschaftsrechts [10]. Das altgermanische Recht ging von einem einheitlichen Begriff der rechtlichen Sachherrschaft aus, der aber mannigfacher Abwandlungen fähig war [11]. Man mag ihn als einen wandelbaren Eigentumsbegriff bezeichnen, womit dann zugleich gesagt ist, dafs er sich weder mit dem römischen noch mit dem heutigen Eigentumsbegriff deckt [12]. Neben vererblichem gibt es lebenslängliches,

---

oft dem „eigen" gegenüber ein abgeleitetes vererbliches Besitzrecht; Stellen b. Kraut § 63 Nr. 39—41, Gierke a. a. O. S. 166 Anm. 85.

[8] Sachsensp. I Art. 15 § 1. Ebenso heißt ib. Art. 20 § 6 das Recht an der Morgengabe im Gegensatz zur gewere an ihr „morgengabe".

[9] Homeyer, Sachsensp. II, 2 S. 277 u. 424, auch Glossar II, 1 S. 592 u. 612; Sachsensp. I Art. 32, III Art. 76 § 3; Sächs. Lehnr. Art. 13 § 3, 35 § 1. — Den gleichen Doppelsinn gewann früh das lateinische Wort beneficium; Waitz, V.G. II, 1 S. 299. Ähnlich usustructus, pignus, wadium. Auch precaria (und precarium), ursprünglich nur die Verleihungsurkunde, kommt für Leiherecht und Leihegut vor; Waitz IV 180 Anm. 1, VI 112 ff.; Brunner, R.G. I 201.

[10] Gierke a. a. O. S. 130; Heusler, Inst. II 15 ff.; Brunner, Forsch. S. 32.

[11] Hieraus erklärt sich einerseits der oben Anm. 4 belegte Sprachgebrauch, andererseits die Gepflogenheit, bei der Übertragung von Herrschaftsrecht die einzelnen übertragenen Befugnisse aufzuzählen. Sollte Vollrecht übergehen, so begnügte man sich nicht mit der Bezeichnung des eingeräumten Rechtes als Eigentum, sondern hob ausdrücklich hervor, dafs man plena, perpetua, libera proprietas oder possessio übertrage, dafs der Erwerber befugt sein solle, die Sache beständig zu besitzen und frei zu gebrauchen, über sie nach Belieben zu verfügen, sie auf die Nachkommen zu vererben usw.; vgl. z. B. Form. Marculf. I, 30, Form. Imper. 2, Urk. b. Loersch u. Schröder Nr. 12, 16, 22, 34, 39, 56, 82, 90, Stobbe II § 78 Anm. 4 u. 10.

[12] Wenn Stobbe II 54 (b. Lehmann II 280) nichts als „wenig präzise Fassung des Eigentumsbegriffs und Ungenauigkeit des Sprachgebrauchs" erblickt, so beruht dies auf Befangenheit in dem Glauben an die logische Natur des Eigentumsbegriffs. Im englischen und amerikanischen Recht ist

Digitized by Google

neben immerwährendem befristetes und auflösend bedingtes, neben gegenwärtigem aufschiebend bedingtes und anwartschaftliches Eigentum[13]. Ebenso aber steht dem freien, vollen und unbeschwerten Eigentum ein gebundenes, beschränktes oder belastetes Eigentum zur Seite[14]. Auf diese Weise kann die Eigentumsordnung in ihrem Rahmen mehrfache Herrschaftsrechte an derselben Sache entfalten, die einander in Ansehung der Befugnisse zum Besitz, zur Verfügung und zur Benutzung begrenzen und ergänzen. Ja, die Vereinigung der gesamten sachenrechtlichen Herrschaft in Einer Hand kommt überhaupt nur an Fahrnis vor. Die Herrschaft an Grund und Boden ist von Hause aus durch die ineinander greifenden Rechte der Verbände und der Einzelnen an mehrere Punkte verteilt und geht einer stets wachsenden Zerlegung entgegen. Kraft des Familienrechts stöfst mit dem Eigentum des Einzelnen anwartschaftliches Familieneigentum zusammen[15]; kraft des Gemeinderechts ist das Sondereigen durch Gesamtrecht und das Gesamteigen durch Sonderrecht gebunden und beschränkt[16]; kraft des Königsrechts oder sonstigen Herrenrechts engt in mannigfacher Abstufung eine Oberherrschaft das Grundeigentum ein[17]. So sind begrenzte dingliche Rechte in Fülle

---

die altgermanische Vorstellungsweise noch heute nicht verschwunden; vgl. Heymann b. Holtzendorff-Kobler, Encykl. I 812 ff.

[13] Solche Einschränkungen der „proprietas“ kommen bei den Übereignungserklärungen zum Ausdruck; vgl. oben § 117 Anm. 50. Die germanische Schenkung begründete, wie Brunner erwiesen hat, ursprünglich mangels ausdrücklicher Erklärung des Gegenteils überhaupt nur lebenslängliches oder doch beschränkt vererbliches, überdies durch Treubruch auflösend bedingtes und nicht oder doch nur mit Zustimmung des Schenkers veräufserliches Eigentum; Brunner, Die Landschenkungen der Merowinger und Agilolfinger, Sitzungsber. der Berliner Akad. v. 1885 S. 1173 ff. u. Forsch. S. 1 ff., R.G. II 243 ff., 257; Schröder, R.G. S. 284 ff. Anwartschaftliches Eigentum wurde durch die donatio post obitum übertragen. Sowohl rückfälliges wie anwartschaftliches Eigentum wurde zu Pfandzwecken eingeräumt; Brunner, Forsch. S. 260 ff. — Auch nachdem die Leibzucht zu einem besonderen Rechte ausgebildet war, erhielt sich daneben die Übertragung von Eigentum auf Lebenszeit; Waitz, R.G. VI 119 ff., Stobbe a. a. O. Anm. 7. Ebenso neben dem Satzungspfand das Eigentumspfand; vgl. unten § 155 Anm. 13.

[14] Es gab Übereignungen zu veräufserlichem oder beschränkt veräufserlichem Eigentum (vgl. die vor. Anm. über Schenkeigen), zu treuhänderisch gebundenem Eigentum, zu zinspflichtigem Eigentum usw.

[15] Vgl. unten § 153 I.

[16] Vgl. oben Bd. I 577 ff.; Gierke, Gen.R. II 194 ff.

[17] Dafs das einst dem Volke und später dem Könige vorbehaltene oberste Herrschaftsrecht am gesamten Lande als ein den Herrschaftsrechten engerer

Digitized by Google

stofflich vorhanden, erscheinen aber als Formen und Ausflüsse des Eigentums. Die mit Sachbesitz verbundenen Nutzungs- und Pfandrechte sind vorübergehendes Eigentum; die einen künftigen Besitz zusichernden Rechte wurzeln in ruhendem oder anwartschaftlichem Eigentum; die mit dem Inhalt von Grunddienstbarkeiten oder Reallasten ausgestatteten Rechte entspringen aus genossenschaftlicher oder herrschaftlicher Zerlegung des Eigentums.

Mit der unter starker Einwirkung des spätrömischen Rechts erfolgten Ausbildung der höheren und niederen Bodenleihe[18] trat dem Eigentum das Leiherecht als begrifflich von ihm verschiedenes Verhältnis gegenüber[19]. Allein die vom germanischen Rechtsgeiste hervorgetriebene Entwicklung des Lehnrechts und des Hofrechts gab diesem Gegensatze eine Wendung, die ihn, je mehr sie das sachenrechtliche Wesen der Leiherechte befestigte, desto weiter von dem Gegensatze zwischen Eigentum und begrenztem dinglichen Recht abführte. Die sachenrechtlichen Ordnungen des Lehnrechts und des Hofrechts wurden vielmehr der landrechtlichen Eigentumsordnung gegenüber nach Art besonderer Eigentumsordnungen für andere Rechtskreise ausgestaltet[20]. Vor dem

---

Gesamtheiten und Verbandshäupter an den Marken und der Einzelnen an den Hufen innerlich gleichartiges Recht vorgestellt wurde, ist nicht zu bezweifeln. Irreführend aber ist Schröders Annahme eines spezifisch fränkischen „Bodenregals“.

[18] Vgl. bes. Waitz, V.G. II, 1 S. 291 ff., IV 176 ff., 198 ff., V 288 ff., VI 1 ff.; Roth, Benefizialwesen S. 433 ff., Feudalität S. 433 ff.; E. Löning, Gesch. des deut. Kirchenrechts I 705 ff.; v. Inama-Sternegg, Deut. Wirtschaftsgesch. I 123 ff.; Lamprecht, Wirtschaftsleben I 123 ff.; Heusler II 168 ff.; Schröder, R.G. S. 286 ff.; Brunner, R.G. I 200 ff., 208 ff., II 246 ff.; Rietschel, Z. f. R.G. XXXV 181 ff.; Pertile, Storia IV 282 ff.

[19] Wie später „eigen“ und „lehen“, so bilden von Anfang an proprietas und beneficium (precarium, feudum) einen Gegensatz. Ebenso bezeichnen die Ausdrücke alod und beneficium (lehen) den Gegensatz von Eigentum und Leiherecht; Kraut § 63 Nr. 15—18. Desgleichen oft „praedium“ und „beneficium“; Waitz VI 4 Anm. 1. — Das Leiherecht kann auf Widerruf, auf Zeit, auf Lebenszeit, auf mehrere Leben oder vererblich eingeräumt sein, bleibt aber begrifflich von einem auf gleiche Dauer angelegten Eigentum verschieden. Lebenslängliches beneficium wird öfter durch besonderes Rechtsgeschäft in lebenslängliches proprium umgewandelt; Waitz IV 205, VI 121 ff. Dabei wird dann bisweilen der Name beneficium beibehalten, so daß von beneficium et proprietas, beneficium propriale, proprium beneficium die Rede ist; Waitz VI 122. So wird auch von Eigentumsprekarien und Eigentumsnießbrauch oder Nießbrauchseigentum (usufructuaria proprietas) gesprochen.

[20] Vgl. oben § 113 Anm. 49; Heusler, Inst. I 32 ff., II 163 ff., 177 ff.

Digitized by Google

Lehngerichte ist das Recht des Herrn das oberste Herrschaftsrecht, aus dem alle Sachenrechte entstammen und in das sie alle zurückkehren, das Recht des Mannes am echten Lehn aber ein so volles Sachenrecht, wie es die hier geltende Eigentumsordnung eben zu gewähren vermag. Darum wiederholen sich hier auch die für das landrechtliche Eigentum ausgebildeten Möglichkeiten des unvollständigen Besitzrechts in Gestalt von befristetem und auflösend bedingtem, ruhendem und blofs anwartschaftlichem, gebundenem und beschränktem Lehnrecht[21]. Ähnlich erscheint vor jedem Hofgerichte eine bestimmte Art des abgeleiteten bäuerlichen Besitzrechtes als die hier anerkannte Eigentumsform.

III. Fortbildung im Mittelalter. Im Laufe der Zeit erfolgte eine fortschreitende Vergeistigung und Unterscheidung der Sachenrechte.

Das dingliche Recht löst sich von seinem Gegenstande ab. Es wird als Recht an der Sache dem Sachkörper gegenüber selbständig gedacht und empfängt allmählich seinen besonderen abstrakten Namen[22]. Die Ausdrücke „eigenschaft" und „egendom" werden gebildet[23]. Auch andere Herrschaftsrechte werden begrifflich von den Sachkörpern abgehoben.

Zugleich aber gewinnen nunmehr dem Eigentum gegenüber zahlreiche begrenzte dingliche Rechte ihre begriffliche Selbständigkeit. Im Einklange mit der Unterscheidung der be-

---

[21] Oben § 117 Anm. 52.

[22] Natürlich ist die gedankliche Scheidung älter, als ihr sprachlicher Niederschlag. Der Sachsenspiegel kennt noch kein abstraktes Wort für Eigentum, spricht aber von „egen" am Gute (I Art. 32) und an eines Anderen lehn oder lifgedinge (I Art. 44 § 3), ja von „varendem gut" an varendem gut (I Art. 15 § 1). Ebenso von „liftucht" an egen (I Art. 21 § 2, III Art. 74), an egen oder lehn (II Art. 21 § 2, III Art. 74) oder gar an liftucht (I Art. 32, dazu III Art. 38 § 4). Desgleichen von „lehn" am gute (Lehnr. Art. 13 § 3, 35 § 1, 74 § 1), „zinsgut" am gute oder am lehn (Lehnr. Art. 13 § 3) usw. — Andererseits wurde das Wort „eigentum" alsbald im volkstümlichen Sprachgebrauch auch wieder zur Bezeichnung des im Eigentum stehenden Grundstücks verwandt (vgl. die Stellen b. Gierke a. a. O. II 145 Anm. 17—18), wie dies ja bis heute geschieht.

[23] Eigenschaft seit dem 13. Jahrh.; Haltaus s. v. Eigenschaft; Lexer, Mittelhochdeut. Wörterb. s. v. eigenschaft; Kraut § 68 Nr. 46 u. 47; Arnold a. a. O. S. 16 ff.; Gierke a. a. O. S. 166 Anm. 85; Heusler II 47 ff.; Stobbe a. a. O. Anm. 8. Eigentum seit dem 14. Jahrh.; Haltaus s. v. Eigentum; Kraut a. a. O. Nr. 48—50; Arnold S. 17; Stobbe a. a. O. — In älteren Quellen heißt das Vollrecht an Liegenschaften auch sala; Stobbe, Z. f. R.G. III 413 Anm. 15; Thudichum, Sala S. 1 ff.

Digitized by Google

schränkten Sachgewere von der Eigengewere sondern sich die entsprechenden unvollständigen Besitzrechte vom Eigentum ab. Leibzucht (Niefsbrauch) und Pfandrecht erscheinen als besondere Sachenrechte[24]; die lehn- und hofrechtlichen Besitzrechte werden auch vom Landrecht als eigenartige Sachenrechte anerkannt[25]; das Landrecht selbst bildet dingliche Leiherechte von verschiedener Stärke aus[26] Wie ferner eine Rechtsgewere neben die Sachgewere tritt, so können sich dingliche Rechte ohne Sachbesitz vom Eigentum ablösen. Die oberherrlichen Nutzungsrechte des Königs und der anderen Herrn werden im Begriffe der Regalien verselbständigt; Grunddienstbarkeiten und Reallasten werden als selbständige Rechtsverhältnisse begründet; die jüngere Satzung entsteht[27]. Schliefslich wachsen auch aus der Bindung der gegenwärtigen Herrschaftsverhältnisse durch Rechte auf künftigen Besitz besondere dingliche Wartrechte mit den aus ihnen fliefsenden Beispruchsrechten und später selbständige Näherrechte hervor[28].

Diese ganze Entwicklung läfst indes den Kern der alten Eigentumsordnung unversehrt. Sie zielt auf Unterscheidung, nicht aber auf gegensätzliche Ausgestaltung des Eigentums und der übrigen Sachenrechte. Das einheitliche Wesen aller Herrschaftsrechte an Sachen bleibt gewahrt. Eigentum und begrenzte dingliche Rechte ergreifen die Sachen nicht auf verschiedene Art, sondern nur in verschiedenem Umfange.

---

[24] Der Sachsenspiegel behandelt durchweg „egen" und „liftucht" als Gegensatz; I Art. 32, II Art. 44 § 3, III Art. 76 § 3. Über das Pfandrecht vgl. unten § 155 I.

[25] Vgl. oben § 113 S. 199. Für das Lehn beurkundet dies schon der Sachsenspiegel auf das deutlichste dadurch, dafs er an zahlreichen Stellen des Landrechts von den Rechten an Lehen handelt.

[26] Vgl. über die bäuerlichen Leiheverhältnisse nach Landrecht bes. Lamprecht a. a. O. I 888 ff.; v. Schwind, Zur Entstehung der freien Erbleihen, Unters. z. D. St. u. R.G. XXXV, Breslau 1890; Wittich, Die Grundherrschaft in Nordwestdeutschland, Leipzig 1896, S. 301 ff.; H. Wopfner, Beiträge zur Geschichte der freien bäuerlichen Erbleihe Deutschlands im M.A., Unters. z. D. St. u. R.G. LXVII, Breslau 1903. Über die städtische Bodenleihe Arnold a. a. O.; Rosenthal a. a. O.; Heusler, Basel S. 169 ff.; Gobbers, Z. f. R.G. XVII 130 ff.; Rietschel a. a. O. (oben Anm. 18). — Der Sachsenspiegel stellt dem „eigen" das „zinsgut" gegenüber (III Art. 76 § 3), das Erbleihe und Zeitleihe umfafst, immer aber als ein landrechtliches Leiheverhältnis erscheint. Vgl. Heusler, Inst. II 176; Wittich a. a. O. S. 330 ff.

[27] Vgl. unten § 124, § 143 II, § 148 II, § 155 III.

[28] Vgl. unten § 152 II, § 153, § 154 I.

Digitized by Google

IV. Die Eigentumsordnung des deutschen Mittelalters. Die so fortgebildete Eigentumsordnung weist auf der Höhe des Mittelalters eine Reihe von Zügen auf, durch die sie sich von der römischen und auch von der modernen Eigentumsordnung scharf unterscheidet.

1. Das deutsche Eigentum ist der Inbegriff der an einer Sache möglichen Herrschaftsrechte. Es ist daher nicht das überall gleiche abstrakte Verhältnis der Zugehörigkeit einer Sache zu einer Person. Vielmehr empfängt es durch die ungleiche Beschaffenheit seiner Gegenstände einen verschiedenen Rechtsinhalt und spaltet sich vor allem an der Wurzel in Grundeigentum und Fahrniseigentum.

2. Das deutsche Eigentum umfafst alle an die Sachen geknüpften Beziehungen. Darum erschöpft es sich nicht in einem Privatrecht. Vielmehr enthält es als Grundeigentum von je zugleich räumlich bedingte Herrschaft publizistischer Art[29] und schliefst die Keime der späteren Gebietshoheit wie des späteren Privateigentums in sich[30]. Mit der Verdinglichung aller Rechts-

[29] Schon die älteste Markenaufteilung ist auch Verteilung von Gebietsgewalt. Denn einerseits gehört zum vorbehaltenen Gesamtrecht an der Mark eine entsprechend abgestufte Gesamtgewalt, die sich vollständig auf Allmendboden kraft des hier der Gesamtheit zustehenden dinglichen Vollrechts entfaltet, mit schwächerem Inhalt auf der Feldmark wirksam wird und nur im Rahmen einer Obergewalt die Hofstätten ergreift; Gierke a. a. O. II 189 ff., 197 ff., 212 ff., 230 ff., 408 ff. Andererseits steckt auch im Sonderrecht an der Mark Sondergewalt, die sich auf der Hofstätte kraft des hier dem Einzelnen gebührenden dinglichen Vollrechts zur Grundherrschaft steigert und ihren kräftigsten Ausdruck in dem Hausfrieden findet; Gierke a. a. O. I 62, 121, II 96 ff., 196 ff.; Kraut § 69 Nr. 3—7 (wo die Quellenaussprüche über den Hausfrieden zutreffend unter die Rubrik der Rechte an unbeweglichen Sachen gestellt sind). Ebenso ist die herrschaftliche Landaufteilung zugleich Verteilung von Gebietsgewalt, das dem Herrn vorbehaltene dingliche Recht an Leihegütern jeder Art Quelle von Machtbefugnissen, der ganze Inhalt der Grundherrschaft Bestandteil des „echten eigen“ an der Hofmark; Gierke a. a. O. I 121 ff., 130 ff., II 99 ff., 161 ff., 190 ff., 417 ff.; Maurer, Fronh. III 1 ff.

[30] Zweierlei ist dabei zu beachten. Erstens, dafs die den Inhalt der späteren Gebietshoheit einschliefsenden Befugnisse nicht konzentriert, sondern hundertfach zersplittert sind. Zweitens, dafs sie nicht blofs als Bestandteile der als „eigen“ bezeichneten Sachherrschaftsrechte, sondern auch als sachenrechtlich aufgefafste Stücke einer oberhalb des eigen stehenden „herrlichkeit“ oder eines unterhalb des eigen begründeten Besitzrechts auftreten. Vgl. auch v. Schwind a. a. O. S. 158 ff., 171 ff., der richtig ausführt, dafs bei den freien Kolonistengütern ein die öffentliche und private Sachherrschaft ungeschieden enthaltendes Recht zwischen Herrn und Besitzer geteilt und Eigentum im

Digitized by Google

verhältnisse nimmt es eine wachsende Fülle öffentlicher Machtbefugnisse in sich auf. Erst gegen Ende des Mittelalters beginnt sich die Gebietsherrschaft vom Eigentum abzulösen[31], ohne dafs hiermit die Herkunft der öffentlichen und der privaten Sachherrschaft aus einem einheitlichen Herrschaftsrecht verwischt und die gegenseitige Bedingtheit beider beseitigt würde[32].

3. Das deutsche Eigentum umspannt sowohl die Gemeinschaftsrechte wie die Sonderrechte an Sachen. Es geht nicht auf in dem Begriff eines Individualrechts, das nebenbei auch Gemeinschaftszwecken dienstbar gemacht werden könnte. Von Hause aus ist es vielmehr darauf angelegt, sich in der Doppelgestalt von Gemeinschaftseigentum und Sondereigentum zu verwirklichen[33]. So wird insbesondere alles Sonderrecht an Grund und Boden durch mannigfach abgestuftes Gesamtrecht oder Herrenrecht teils zurückgeschoben und ergänzt, teils überhöht und gebunden. Die Grundeigentumsordnung spiegelt den sozialen Aufbau des gesellschaftlichen Körpers wieder und bringt in den ineinandergreifenden Sachherrschaftssphären von Verbänden und Einzelnen die genossenschaftlichen und herrschaftlichen Zusammenhänge zum Ausdruck[34].

---

modernen Sinne keinem Teile zuständig ist, der aber mit Unrecht das Vorhandensein von Eigentum überhaupt verneint. Was er als geteilt hinstellt, ist eben das mittelalterliche Grundeigentum.

[31] Zuerst in den Städten; Gierke a. a. O. II 672 ff. In den Territorien blieb der Begriff der Landeshoheit (dominium terrae, Landesherrlichkeit), obschon er die Emporhebung der staatlichen Gebietshoheit über die Eigentumsordnung auszudrücken geeignet war, bekanntlich lange über das Mittelalter hinaus sachenrechtlich gefärbt und drohte immer wieder in den Eigentumsbegriff umzuschlagen.

[32] Diese germanische Vorstellungsweise wirkte auch auf die mittelalterliche Jurisprudenz ein; sie führte zu der Lehre, die zwar öffentliche und private Sachherrschaft unterschied, sie aber als doppeltes dominium an den singulae res konstruierte: dominium ratione jurisdictionis et gubernationis, auch publicum, universale und später eminens einerseits, dominium ratione proprietatis andererseits. Gierke a. a. O. III 616 Anm. 271.

[33] Ursprünglich neigte man dazu, die Ausdrücke allmende und eigen gegensätzlich zu gebrauchen und das Allen Gemeine als Niemandes Eigen vorzustellen; Gierke a. a. O. II 145 ff.; v. Amira a. a. O. S. 150 ff. Doch geschah dies nur im Hinblicke auf das innere Verhältnis der Markgemeinde. Mehr und mehr wandte man nach aufsen wie nach innen auf das Recht der Gesamtheit an der Allmende, wie die Begriffe, so auch die Namen von eigen, erbe, lehen, zinsgut usw. an; Gierke a. a. O. II 149 ff. — Über Gesamtfahrhabe vgl. ebenda S. 358 ff.

[34] Schon aus dem oben Anm. 29—30 Gesagten ergibt sich, dafs, wie das

Digitized by Google

4. Das deutsche Eigentum umschliefst personenrechtliche wie vermögensrechtliche Beziehungen. Es erschöpft sich daher nicht in dem Begriffe eines reinen Vermögensrechtes. Insbesondere gewährt das Grundeigentum nicht blofs Macht über Vermögenswert, sondern zugleich eine personenrechtliche Stellung. Je mehr es sich mit publizistischem Inhalte erfüllt, desto tiefer werden im Sinne der Patrimonialität persönliche Verhältnisse jeder Art in seine vermögensrechtlichen Schicksale verstrickt. Allein immer bleibt die vermögensrechtliche Ausgestaltung des Grundeigentums durch die Rückwirkung seiner personenrechtlichen Bedeutung gehemmt und eigenartig bestimmt. Das Grundeigentum erscheint fort und fort als eine soziale Position; es weist je nach seiner Beschaffenheit der Person selbst eine ungleiche Stellung an und vermag das so bedingte Zustandsrecht in seinen Rahmen aufzunehmen[85].

5. Das deutsche Eigentum trägt Schranken in seinem Begriff. Es ist daher nicht ein im Gegensatz zu anderen Rechten unumschränktes (absolutes) Recht. Vielmehr reicht es nur so weit, wie das von der Rechtsordnung gebilligte und mit Rücksicht auf Beschaffenheit und Zweckbestimmung der einzelnen Sachgüter abgegrenzte rechtliche Interesse erfordert. Auch das Eigentum ist nicht zum Mifsbrauch, sondern zum rechten Gebrauch verliehen. Seinen Inhalt bildet nicht willkürliche, sondern rechtlich geordnete Macht. Und es ist nicht reine Befugnis, sondern mit Pflichten gegen die Familie, die Nachbarn und die Allgemeinheit durchsetzt. Vor allem beruht die Grundeigentumsordnung auf dem System einer mannigfach ausgebauten Gebundenheit des Eigentums.

6. Das deutsche Eigentum ist der Abstufung fähig. Es besitzt nicht die Elastizität eines abstrakten Begriffs, der sich selbst gleich bleibt, wenn auch sein Wirklichkeitsgehalt zum Schatten verflüchtigt ist. Vielmehr ist es als Inbegriff der an der Sache möglichen Herrschaftsrechte nur dann vollständig, wenn ihm

Gesamtrecht am Boden, so auch das Eigentum der Lehnsherrn und der Grundherrn am verliehenen Lande für die mittelalterliche Anschauung kein Individualeigentum, sondern dem Herrn als Verbandshaupte zustehendes Verbandseigentum war. Noch weniger geht die bloße „Herrlichkeit" von Gerichts- oder Vogteiherrn am Eigen der Gerichts- oder Vogteileute, obschon sachenrechtlich aufgefafst, in einem Individualrecht auf.

[85] Daher die bezeichnende Erscheinung, daß die Güter selbst Standeseigenschaft empfangen, zu Trägern von Würden, Ämtern und Gewerberechten werden usw.; Gierke a. a. O. S. 94 ff.

Digitized by Google

kein wesentlicher Bestandteil fehlt. Andernfalls ist es unvollständig. Es bleibt Eigentum, allein es ist Mindereigentum. Demgemäfs bedient sich die Rechtssprache besonderer Namen, um das ursprüngliche landrechtliche Eigentum von jedem abgeleiteten Besitzrechte, das nach oben keinem Herrenrechte unterworfene Eigentum vom belasteten, vogteipflichtigen oder zinsbaren Eigentum und das nach unten unversehrte Eigentum von dem durch Nutzungs-, Leih- oder Pfandbesitz eines Anderen geschwächten Eigentum zu unterscheiden, und häuft solche Namen, wenn das in jeder Richtung vollkommene Eigentum bezeichnet werden soll. In diesem Sinne ist von echtem, rechtem, torfachtigem, wahrem, von freiem, herrschaftlichem, salmännischem, lauterem, von vollem, durchschlachtigem, ledigem Eigen die Rede[36]. Auch die Gegenüberstellung von Kaufeigen und Erbeigen drückt zugleich den Gegensatz von freierem und gebundenerem Eigentum aus[37].

7. Das deutsche Eigentum ist ein dingliches Recht neben anderen dinglichen Rechten. Es ist daher kein ausschliefsliches Herrschaftsrecht, das für gleich unmittelbare Herrschaftsrechte an seinem Gegenstande keinen Raum liefse. Vielmehr unterscheidet es sich von den übrigen dinglichen Rechten nur durch seinen auf Beherrschung der Sache im Ganzen angelegten Umfang. Die anderen dinglichen Rechte sind ihrem Umfange nach begrifflich begrenzt, ergreifen aber für ihren Bereich die Sache in derselben Weise, wie das Eigentum. Sie sind verselbständigte Eigentumssplitter[38]. Darum ist auch ihre Zahl nicht geschlossen. Jeder im Eigentum enthaltene Bestandteil, der aus ihm gelöst und als Gegenstand eines besonderen Herrschaftsrechtes behandelt werden kann, vermag den Inhalt eines begrenzten dinglichen Rechts zu bilden[39]. Hierauf beruht die kaum übersehbare

---

[36] Vgl. Grimm, R.A. II 5 ff.; Kraut § 63 Nr. 8—10, 12—14, 19, 29; Gierke a. a. O. II 139 ff., 156 ff, 161 ff.; Heusler II 47; Stobbe I § 63 Anm. 7. Eine genaue Feststellung der Bedeutung der einzelnen Ausdrücke wird hier, wie so vielfach, erst das deutsche Rechtswörterbuch ermöglichen.

[37] Bisweilen wird sogar das gewonnene Gut dem „erbe“ als „eigen“ gegenübergestellt; Haltaus S. 282.

[38] Über den Versuch des Placentinus, diese Auffassung in das römische Recht hineinzutragen, vgl. Landsberg a. a. O. (oben Anm. 1) S. 96.

[39] Dinglich sind daher alle mit Sachgewere verbundenen Rechte an Liegenschaften, Fahrnis und Inbegriffen einschliefslich der auf Zeit oder auf Widerruf eingeräumten Leihrechte (Pacht, Miete, Kommodat) und der in vormundschaftlicher Gewere erscheinenden Besitzrechte; vgl. Heusler II 18 ff. Dinglich sind aber auch die in blofser Rechtsgewere sich äufsernden Rechte

Digitized by Google

Mannigfaltigkeit und die feine Verästelung der mittelalterlichen Sachenrechte.

8. Das deutsche Eigentum besteht nicht nur an körperlichen, sondern auch an unkörperlichen Sachen. Es ist daher kein an die Sinnfälligkeit seines Gegenstandes gebundenes Recht. Vielmehr wird überall, wo eine Gewere stattfindet, das entsprechende volle Herrschaftsrecht als Eigentum gedacht und bezeichnet und von begrenzten Herrschaftsrechten an demselben Gegenstande, von Leiherechten, Nutzungsrechten, Pfandrechten, Wartrechten usw., unterschieden. So gibt es ein Eigentum an liegenschaftlichen Gerechtsamen jeder Art, an Zinsen und Renten, an Vermögensinbegriffen[40].

V. Entwicklung seit der Rezeption. Mit dem römischen Rechte drang der römische Eigentumsbegriff in Deutschland ein[41]. Nach römischer Auffassung ist Eigentum das abstrakte Rechtsverhältnis, kraft dessen eine Sache in die Herrschaftssphäre einer Person fällt. Das römische Eigentum hat daher an jeder Sache die gleiche Beschaffenheit. Es ist reines Privatrecht. Als solches ist es streng individualistisch angelegt. Durchweg erscheint es als freies Vermögensrecht. Seinem Begriffe nach gewährt es unumschränkte Macht. Durch konkrete Einschränkungen erleidet es keine Einbufse und bleibt auch im Falle zeitweiliger inhaltlicher Entleerung (als nuda proprietas) sich selbst gleich. Es ist

auf einen Anteil an der Sachherrschaft, auf Mitwirkung bei der Verfügung über die Sache, auf Gebrauch oder Benutzung der Sache in einzelnen Beziehungen, auf Anteil an den Sacherträgen, auf Sachhaftung, auf künftigen Sacherwerb.

[40] Urk. v. 1322 b. Kraut § 68 Nr. 50: plenam proprietatem, quae vulgariter dicitur eghendom, super 20 marcarum reditus. Urk. v. 1402 ib. § 73 Nr. 4: gatter geld . . . für ein rechtes freyes lediges aigen. Urk. v. 1315 ib. Nr. 6: aigenschaft des zehnten. Urk. v. 1302 ib. Nr. 9: jus patronatus . . . jure proprietatis et dominii . . . possidebat. W. v. 1451 ib. Nr. 11: eygentome des gereichtz. Andere Stellen ib. Nr. 3, 5, 7, 8, 10, sowie b. Duncker, Z. f. D.R. II, 1 S. 194 ff., Stobbe a. a. O. Anm. 13, Heusler I 336 ff.

[41] Es kommt hier nur darauf an, welcher Eigentumsbegriff im Corpus juris civilis herrscht oder doch aus ihm mit Erfolg geschöpft wurde und wird. Wenn neuerdings R. Maschke a. a. O. nachzuweisen versucht, dafs der römische Eigentumsbegriff in Wahrheit ein ganz anderer gewesen sei und namentlich gleich dem germanischen eine Teilung des Eigentums nach Befugnissen zugelassen habe (S. 86 ff.), so ist zur Auseinandersetzung mit solcher Umdeutung der Rechtsgeschichte hier nicht der Ort. Auch die Ausführungen von Graf Pininski a. a. O. und Anderen akkommodieren zu sehr den römischen Eigentumsbegriff dem heutigen Bedürfnis.

Digitized by Google

ein ausschliefsliches Herrschaftsrecht, das den Sachkörper ganz in sich aufnimmt und neben sich gleichartige Herrschaftsrechte nicht duldet; ihm zur Seite können nur wesensverschiedene Sachenrechte bestehen, die als jura in re aliena die Sache erst durch das Eigentum hindurch ergreifen und ihrem Ausnahmecharakter gemäfs auf bestimmte ein für allemal geformte Typen beschränkt bleiben. An unkörperlichen Sachen findet es nicht statt.

Die theoretische Wiedererzeugung und praktische Handhabung des römischen Eigentumsbegriffs war ein Hauptmittel für die allmähliche Umgestaltung der vom Mittelalter überkommenen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse. Wenn irgendwo, so kam hier das fremde Recht den Strömungen der Zeit und dem Bedürfnisse neuer Ordnungen entgegen. Allein wenn irgendwo, so konnte es gerade hier ohne gewaltsamen Umsturz nur langsam und ohne Zerstörung des deutschen Wesens niemals völlig siegen. So mufste sich der römische Eigentumsbegriff eine vielseitige deutschrechtliche Brechung gefallen lassen. Unter den grofsen Gesetzbüchern verstattete insbesondere das Preufsische Landrecht dem deutschen Eigentumsbegriff eine starke Einwirkung. Im 19. Jahrhundert wurde dann freilich nicht nur in der Theorie der Eigentumsbegriff immer schroffer nach römischem Muster geprägt und gegen alte und neue deutschrechtliche Gebilde gekehrt, sondern auch durch die Gesetzgebung die Eigentumsordnung in vielen Punkten entsprechend umgestaltet. In anderen Punkten aber behaupteten sich deutschrechtliche Anschauungen und Einrichtungen. Ja, mit der Abwendung vom individualistischen Ideal drang der deutsche Eigentumsbegriff in verjüngter Gestalt wiederum erobernd vor. Gleichwohl schlofs sich der erste Entwurf des B.G.B. so eng, wie irgend möglich war, an die römische Auffassung an. Das B.G.B. selbst hat den romanistischen Begriffszwang keineswegs überwunden, jedoch die Zugeständnisse an deutsche Rechtsgedanken vermehrt. Vor allem aber wird seine Eigentumsordnung durch reichsgesetzliches Sonderrecht und durch eine Fülle von vorbehaltenem Landesrecht deutscher Herkunft ergänzt.

VI. Die heutige deutsche Eigentumsordnung. Unsere Eigentumsordnung beruht somit auf einem modernen Eigentumsbegriffe, der aus dem Zusammenstofse germanischer und römischer Gedanken erwachsen ist.

1. Das Eigentum ist heute seinem formalen Begriffe nach ein abstraktes, von der Summe der in ihm enthaltenen Befugnisse verschiedenes und daher überall gleiches Recht. Allein in seinem

Digitized by Google

inneren Wesen wird es durch die ungleiche natürliche und rechtliche Beschaffenheit der Sachgattungen differenziiert. Insbesondere sind Grundeigentum und Fahrniseigentum nicht nur durchaus ungleichartigen Regeln über Erwerb und Verlust unterworfen, sondern auch inhaltlich voneinander durch eine tiefe Kluft getrennt[42].

2. Das heutige Eigentum ist ein Privatrecht. Auch dem Grundeigentum ist in dem Mafse, in dem die Reste der Patrimonialität verschwunden sind, sein öffentlichrechtlicher Gehalt entzogen[43]. Die öffentliche Gewalt ist auch insoweit, als sie unmittelbare Herrschaft über die Sachen einschliefst, vom Eigentum gelöst und namentlich dem Grundeigentum gegenüber als Gebietsherrschaft verselbständigt[44], während das Eigentum selbst auch in der Hand des Staates oder eines anderen öffentlichen Verbandes private Sachherrschaft bleibt[45]. Allein das Eigentum kann die Sache nur innerhalb des vom öffentlichen Recht frei gelassenen Bereiches ergreifen; die private Sachherrschaft mufs vor der öffentlichen Sachherrschaft zurücktreten und im Kollisionsfalle weichen. Darum ist das Grundeigentum von vornherein enger begrenzt, als das Fahrniseigentum. Auch das Eigentum an einzelnen Arten von beweglichen Sachen ist durch öffentlichrechtliche Einschränkungen geschmälert und staatlichen Eingriffen ausgesetzt[46]. An Grundstücken aber kann von vornherein die private Sachherrschaft nicht den Inhalt einer den Sachkörper völlig durchdringenden Macht haben. Denn die Grundstücke bilden zugleich den vaterländischen Boden, der als Gebiet den Staatskörper und dessen Gliederbau trägt. Die öffentlichrechtliche Einschränkung des Eigentums erfährt bei manchen Gattungen von

[42] Im B.G.B. beziehen sich von den Vorschriften über den Inhalt des Eigentums nur die §§ 903—904 auf alles Eigentum, dagegen die §§ 905—924 lediglich auf Grundeigentum. Erwerb und Verlust des Eigentums sind für unbewegliche und bewegliche Sachen in getrennten Titeln (2 u. 3) geregelt. Auch von den Vorschriften über Eigentumsansprüche (Tit. 4) und Miteigentum (Tit. 5) gehören manche (§ 998, 1009 Abs. 2, 1010) nur dem Liegenschaftsrecht, andere (§ 1005—1007) nur dem Fahrnisrecht an.

[43] Freilich nicht ausnahmslos; vgl. oben § 106 Anm. 7.

[44] So nicht nur die staatliche Gebietshoheit, sondern auch die Gebietsgewalt der Gemeinden und anderer öffentlicher Verbände (z. B. Deich- und Wassergenossenschaften). Öffentlicher Natur sind natürlich auch die entsprechenden Pflichten und Rechte der Eigentümer. Desgleichen die Gemeingebrauchsrechte an öffentlichen Sachen; oben § 102 Anm. 22.

[45] Auch an öffentlichen Sachen; oben § 102 Anm. 12.

[46] Vgl. oben § 102 Anm. 63, unten § 130 II.

Digitized by Google

Liegenschaften, wie bei Gewässern, Wäldern, Bergwerken oder Bauplätzen, eine aufserordentliche Verstärkung. Bei den für den öffentlichen Gebrauch bestimmten Sachen steigert sie sich, wie wir gesehen haben, teilweise bis zur Aufzehrung aller gegenwärtigen Privatherrschaft. So sind dieselben Sachkörper, an denen Eigentum besteht, gleichzeitig unmittelbarer Gegenstand eines mannigfach abgestuften öffentlichen Herrschaftsrechts. Dies ist der richtige Kern der älteren Theorie, die zur Erklärung und Rechtfertigung der Macht des Gemeinwesens über die im Eigentum befindlichen Sachen den Begriff des dominium eminens aufstellte[47]. Sie blieb nur insoweit, als sie darunter ein Obereigentum oder überhaupt irgend eine Art von Eigentum verstand, in der vom Mittelalter ererbten Vorstellung eines zugleich öffentliche und private Sachherrschaft umspannenden Eigentums befangen.

3. Das heutige Eigentum ist Individualrecht. Es ist darauf angelegt, der Einzelperson als solcher einen Machtbereich zu schaffen, und gehört, wenn es einer Verbandsperson zusteht, zu den Rechten, hinsichtlich deren sie den Einzelpersonen gleichgestellt ist. Allein es ist des sozialrechtlichen Ausbaus zu Gemeinschaftsrecht fähig[48].

4. Das Eigentum ist heute Vermögensrecht. Allein es wird nicht nur von dem allgemeinen Recht der Persönlichkeit durchdrungen[49], sondern umschliefst und schützt kraft des von ihm gewährleisteten Sachgenusses auch die besonderen persönlichen Beziehungen, die sein Subjekt mit der Sache verknüpfen. Dieser persönliche Gehalt kann in jedem Einzelfalle verschieden sein, weist aber auch typische Unterschiede nach Sachgattungen auf. Und zum Teil gewinnt der besondere Persönlichkeitswert des Eigentums rechtliche Bedeutung, indem er eine Abwandlung der Regeln des reinen Vermögensrechts bewirkt. Hierauf beruht das für manche Fahrnisstücke geltende Sonderrecht[50]. Insbesondere aber bringt, wie in gewissem Umfange schon das allgemeine Grundstücks-

---

[47] Vgl. L. Stein, Verwaltungslehre VII 164 ff.

[48] Vgl. unten § 122.

[49] Vgl. oben Bd. I 704 Anm. 5.

[50] So z. B. die Unpfändbarkeit der in C.Pr.O § 811 aufgezählten Sachen. Man denke ferner an das unveräufserliche und unvererbliche, auch durch Verlust der Ehrenrechte verwirkbare Eigentum an Ordenszeichen; Brunner, Forsch. S. [illegible] ff. Oder an das gleichfalls höchst persönliche Eigentum des Versicherten an der Quittungskarte für Invalidenversicherung; Rosin, Arbeiterversicherung II (Berlin 1905) S. 405 ff.

Digitized by Google

recht, so in erhöhtem Maſse das Sonderrecht der gebundenen Güter auch heute den Gedanken zum Ausdruck, daſs das Eigentum an Grund und Boden nicht nur Vermögenswert, sondern persönliche Stellung, Familienheimat und Berufsstätte gewährt[51].

5. Das Eigentum ist heute das an sich unbeschränkte Sachenrecht. Es gibt, insoweit nicht sein Inhalt zeitweilig durch besonders begründete Rechte Dritter gemindert ist, eine so vollkommene Macht über seinen Gegenstand, wie sie an diesem von der jeweiligen Rechtsordnung überhaupt zugelassen wird. Allein ein unbeschränktes Herrschaftsrecht ist es nicht. Nur im Vergleich mit den anderen Sachenrechten kann es unbeschränkt genannt werden. Wird es dagegen an der Vorstellung absoluter Macht gemessen, so trägt es auch heute Schranken in seinem Begriff[52]. Es verleiht nicht willkürliche, sondern rechtlich gebundene Macht. Allgemein ist jede Ausübung des Eigentums verboten, die sich als unerlaubte Handlung darstellt[53]. Als Miſsbrauch des Eigentums ist aber auch eine an sich erlaubte Ausübung unzulässig, falls sie lediglich zum Schaden Anderer erfolgt[54]. Die Macht des Eigentümers versagt ferner gegenüber solchen fremden Eingriffen, die durch Notwehr oder Notstand gerechtfertigt sind oder sonst kraft erlaubter Selbsthülfe erfolgen[55]. Nach dem B.G.B.

---

[51] Hiervon im Sonderrecht der Haus- und Stammgüter, Ritter- und Bauerngüter, Rentengüter usw.

[52] Von den neueren Gesetzbüchern definieren manche das Eigentum schlechthin als unbeschränkte Macht. So Preuſs. L.R. I, 8 § 1; Österr. Gb. § 354; Sächs. Gb. § 217; Zürch. Gb. § 108. Sie nehmen aber diese Definition durch ein allgemeines Verbot, bei der Ausübung des Eigentums die gesetzlichen Schranken zu überschreiten, wieder zurück; Preuſs. L.R. I, 8 § 26; Österr. Gb. § 364; Sächs. Gb. § 222. Andere Gesetzbücher fügen schon der Begriffsbestimmung des Eigentums einen Vorbehalt der durch die Rechtsordnung gesetzten Schranken ein. So Bayr. L.R. II, 1 t. 2; Code civ. Art. 544; Berner Gb. Art. 377, Luzerner § 240, Solothurner § 681, Bündner § 185. Ebenso B.G.B. § 903: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder die Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschlieſsen.“ Wenn das Hamb. A.G. zu B.G.B. § 51 ff. bestimmt, daſs an Deichen Niemandem das Eigentum im Sinne des B.G.B. zusteht, sondern nur „ein Eigentum beschränkten Inhalts (Deicheigentum)“ besteht, das nicht die Befugnis gewährt, mit der Sache nach Belieben zu verfahren (§ 55), so war die Konstruktion einer solchen zweiten Art von Eigentum schwerlich erforderlich; vgl. unten § 141 a. E.

[53] Preuſs. L.R. I, 8 § 26; Österr. Gb. § 364; B.G.B. § 903.

[54] Preuſs. L.R. I, 8 § 27—28. Ebenso nach B.G.B. kraft des allgemeinen Schikaneverbots in § 226. Vgl. oben Bd. I 320.

[55] Vgl. oben Bd. I § 39 und B.G.B. § 227—231.

Digitized by Google

ist überdies der Eigentümer nicht berechtigt, die Einwirkung eines Anderen auf die Sache zu verbieten, wenn sie zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schade gegenüber dem für den Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäfsig grofs ist[56]. Endlich wird das Eigentum an bestimmten Sacharten und vor allem das Grundeigentum durch besondere gesetzliche Vorschriften in erhöhtem Mafse eingeschränkt. Hier kommt auch der Gedanke zum Durchbruch, dafs die Herrschaft des Eigentümers sich nicht weiter erstreckt, als ein vernünftiges Interesse dies fordert[57]. Hier wird die Macht des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, durch Einschränkungen des freien Gebrauchs mannigfach verengt und teilweise nahezu beseitigt[58]. Hier offenbart sich aber auch die Fortdauer der deutschrechtlichen Anschauung, dafs das Eigentum mit Pflichten durchsetzt ist[59].

6. Das heutige Eigentum ist elastisch. Es verträgt die Minderung seines Inhaltes durch Rechte Dritter[60]. Mag es auch durch das dingliche Recht eines Anderen an der Sache zur Zeit nahezu entleert sein, so bleibt es doch das die Sache im Ganzen ergreifende Herrschaftsrecht. Denn immer umfafst es die Herrschaftsbefugnisse, die ihm nicht besonders entzogen sind[61], und stets behält es die Fähigheit, durch Wegfall der abgezweigten Rechte wiederum zum vollen Herrschaftsrecht anzuschwellen[62]. Allein die Vorstellung, dafs inzwischen das Eigentum nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich unvollständig sei, ist nicht völlig verschwunden[63] und hat sich namentlich im Begriff des geteilten Eigentums Geltung verschafft[64].

7. Das Eigentum ist heute ein an sich ausschliefsliches

---

[56] B.G.B. § 904. Doch kann der Eigentümer Schadenersatz fordern.

[57] Vgl. bes. B.G.B. § 905—906.

[58] Vgl. unten § 124 u. 125.

[59] Vgl. unten § 124 III.

[60] Das B.G.B. § 903 (oben Anm. 52) weist hierauf schon durch die Begriffsbestimmung hin. Ebenso Bündner Gb. § 185.

[61] Daher spricht die Vermutung gegen Einschränkungen; Preufs. L.R. I, 8 § 21—25; Österr. Gb. § 362; B.G.B. § 903.

[62] Windscheid, Pand. I § 167 Anm. 6; Sintenis, Civilr. § 47 Anm. 13; Dernburg, Preufs. P.R. I § 181; Stobbe a. a. O. Anm. 1.

[63] Vgl. die Unterscheidung des „eingeschränkten“ Eigentums vom „uneingeschränkten“ im Preufs. L.R. I, 8 § 21 ff.

[64] Unten § 121.

Digitized by Google

Sachenrecht[65]. Es gewährt die Macht, Andere insoweit von der Einwirkung auf die Sache auszuschliefsen, als nicht eine besondere Befugnis zu einer solchen Einwirkung begründet ist. Darum ist neben ihm ein anderes die Sache im Ganzen ergreifendes Privatrecht undenkbar. Gilt von mehreren an derselben Sache bestehenden Privatrechten ein jedes als ein auf das Sachganze gerichtetes Herrschaftsrecht, so ist damit eben ein jedes von ihnen als ein, obschon unvollständiges, Eigentum anerkannt[66]. Erscheint dagegen ein dingliches Recht nicht als Eigentum, so kann es auch nicht als ein das Sachganze ergreifendes Recht vorgestellt werden. Allein das Eigentum schliefst nur andere auf Vollherrschaft, nicht andere auf Teilherrschaft angelegte Privatrechte an der Sache aus. Die begrenzten dinglichen Rechte sind für uns gleich unmittelbare Sachenrechte, wie das Eigentum selbst. Ihr Inhalt ist ein abgezweigter Teil des Eigentumsinhaltes. Weil und soweit sie keine Herrschaft über die Sache im Ganzen gewähren, sind sie Rechte an fremder Sache. Weil und soweit sie aber einen Teilinhalt der Sachbeziehungen in den Machtbereich des Berechtigten verlegen, machen sie diesem die Sache teilweise zugehörig. Darum haben sie auch keinerlei Ausnahmestellung. Dem römischen Rechte gegenüber erhielt sich nicht blofs in den Partikularrechten, sondern auch im gemeinen Recht die Möglichkeit der Bildung dinglicher Rechte mit beliebigem sachenrechtlichen Inhalte[67]. Erst das B.G.B. hat grundsätzlich mit der sachenrechtlichen Gestaltungsfreiheit des deutschen Rechts gebrochen; es läfst nur eine geschlossene Zahl dinglicher Rechte mit gesetzlich abgegrenztem Inhalte zu. Immerhin gewährt es durch die Aufnahme dinglicher Rechte deutscher Herkunft einen breiteren Spielraum, als ihn das römische Recht zugestand[68]. Überdies können durch vorbehaltenes Landesrecht mancherlei andere dingliche Rechte verstattet werden[69].

---

[65] Manche Legaldefinitionen nehmen dieses Merkmal in die Begriffsbestimmung auf. So Preuß. L.R. I, 8 § 1; Sächs. Gb. § 217; Zürch. Gb. § 108; Berner Art. 377; Luzerner § 240; Solothurner § 681; Aargauer § 452; B.G.B. § 903 (oben Anm. 52).

[66] Vgl. unten § 121 u. 122.

[67] R.Ger. XII Nr. 43; Seuff. XXXVI Nr. 108, LIV Nr. 141. Am weitesten geht bekanntlich das preufsische Recht, nach dem jedes Gebrauchs- oder Nutzungsrecht dinglich wird, wenn Besitz oder Eintragung ins Grundbuch hinzutritt; Preuß. L.R. I tit. 19.

[68] Insbesondere durch die Vorschriften über beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten, Grundschuld und Rentenschuld.

[69] E.G. zum B.G.B. Art. 57—60, 62—68, 73, 131, 133.

Digitized by Google

Endlich sind alle zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehenden dinglichen Rechte mit ihrem bisherigen Inhalte bestehen geblieben[70].

8. Das heutige Eigentum ist ein zunächst auf Beherrschung körperlicher Sachen angelegtes Recht. Allein die deutschrechtliche Erstreckung des Eigentumsbegriffs auf das volle Herrschaftsrecht an unkörperlichen Sachen ist nicht abgestorben. In neueren Gesetzbüchern wird sie folgerichtig durchgeführt[71]. Nach dem B.G.B. ist ein Eigentum im technischen Sinne nur an körperlichen Sachen möglich. Doch ist der technische Begriff des Eigentums auch auf die liegenschaftlichen Gerechtigkeiten anwendbar, da sie den Grundstücken gleichgestellt sind[72]. Sodann erscheinen Realrechte, da sie als Bestandteile des Grundstücks gelten sollen, zugleich als Gegenstände des Eigentums[73]. Unentbehrlich bleibt ferner die Anwendung des Eigentumsbegriffs auf das einheitliche Vollherrschaftsrecht an Sondervermögen[74]. Endlich ist der Begriff des Eigentums im untechnischen Sinne auch fernerhin für das Vollrecht an einer unkörperlichen Sache überall da verwertbar, wo an ihr ein begrenztes dingliches Recht, wie Niefsbrauch oder Pfandrecht, anerkannt wird. Denn sobald die einen Gegenstand in einzelnen Beziehungen ergreifende Herrschaft als Sachenrecht vorgestellt wird, ist auch die den Gegenstand im Ganzen ergreifende Herrschaft als Sachenrecht und somit als Eigentum vorstellbar.

---

[70] E.G. zum B.G.B. Art. 184. Die in der Entsch. des R.Ger. XLVIII 63 ff. ausgesprochene Meinung, dafs Art. 184 keinen Schutz für solche dinglichen Rechte gewähre, die nach bisherigem Recht nicht eintragungsbedürftig waren und infolge dessen nicht eingetragen sind, hat das Reichsgericht selbst als irrig wieder aufgegeben; C.S. LVI Nr. 3 S. 13.

[71] Preufs. L.R. I, 8 § 2; dazu Dernburg I § 181 Anm. 12, Förster-Eccius § 168 Anm. 10 ff., Roth, D.P.R. III § 230 Anm. 32; Striethorst LXII 164; R.Ger. XXI Nr. 47, XXXI Nr. 11. Österr. Gb. § 353, 427; unrichtig weggedeutet von Unger I 380, Krainz I § 192, Randa I 53 ff. Bayr. L.R. II, 2 c. 2; dazu Roth, Bayr. C.R. II 37 ff. Württemb. Ges. b. Wächter II 207 Anm. 4. — Über das gemeine Recht vgl. Roth, D.P.R. III 128 ff., Stobbe-Lehmann II 281 ff.

[72] Vgl. oben § 101 Anm. 48, § 118 Anm 13, § 119 Anm. 17.

[73] Vgl. oben § 106 S. 87 ff.

[74] Vgl. oben § 104 Anm. 71.

[75] Vgl. oben Bd. I 273, auch 760 ff.

Digitized by Google

§ 121. Das geteilte Eigentum[1].

I. Geschichte. Das ursprüngliche germanische Eigentum war, da die in ihm enthaltene Machtfülle nach Befugnissen zerlegt werden konnte, begrifflich teilbar. Seine Teilbarkeit wurde das rechtliche Mittel für die Ausbildung der mittelalterlichen Grundbesitzordnung, in der die politischen, sozialen und wirtschaftlichen Herrschaftsorganisationen ihren sachenrechtlichen Ausdruck fanden. Auf der einen Seite entführte die Grundherrschaft dem ursprünglichen Eigentum immer mehr von seinem Inhalte. Auf der anderen Seite brachte die Bodenleihe das Land in mannigfachen Formen des abgeleiteten Besitzrechts an das Volk zurück. So ergab sich eine weitgehende Zersplitterung der Eigentumsbefugnisse an Grund und Boden.

Hierbei blieb freilich der Name des „Eigen“ lediglich an dem ursprünglichen volksrechtlichen Eigentum haften. Was sich über dem Eigen an Sachherrschaft erhob, hiefs nur „Herrlichkeit“ (Grund-, Vogtei-, Gerichtsherrlichkeit usw.); was vom Eigen als unteres Besitzrecht abgezweigt war, wurde nur „Lehn“ oder „Erbe“ genannt[2]. Allein da jedes dingliche Recht eine gleich unmittelbare Zugehörigkeit der Sache begründete, war hiermit noch nichts darüber ausgesagt, wohin die Zugehörigkeit der Sache im Ganzen falle. Vielmehr konnte, wenn das unvollständige Eigen ein Recht am Sachganzen blieb, auch das über oder unter ihm stehende dingliche Recht als ein Recht am Sachganzen vorgestellt werden. Eine derartige Vorstellungsweise wurde zuvörderst durch die Unterscheidung der Rechtskreise vermittelt.

---

[1] C. H. Lang, De dominii utilis natura, indole atque historia, Göttingen 1793. Duncker, Z. f. D.R. II 177 ff. Arnold, Zur Geschicht des Eigentums S. 141 ff. v. Schwind a. a. O. (oben Anm. 26 zu § 120) S. 158 ff. Heusler, Inst. II § 87. — Thibaut, Versuche II, 3 S. 77 ff. Pagenstecher, Eigentum I 8 ff. v. Vangerow, Pand. I § 302. Landsberg a. a. O. (oben Anm. 1 zu § 120) S. 97 ff. — Lehrb. des D.P.R. von Runde § 264; Eichhorn § 159 ff.; Mittermaier I § 156; Phillips II § 87; Maurenbrecher I § 244 ff.; Bluntschli § 60; Walter § 132; Beseler § 81; Gerber § 77 (b. Cosack § 71); Stobbe II § 80 (b. Lehmann § 96); Roth § 231; Franken § 32. — Weber, Handb. des Lehnr. I 8 ff. — Falck, Schlesw.-Holst. P.R. V 147 ff. — Dernburg, Preufs. P.R. I § 182. Förster-Eccius III § 167. — Randa, Besitz S. 31 ff.; Eigentum I 15 ff. Krainz I § 38. — Zachariae I § 198 (b. Crome § 183). — Huber, Schweiz. P.R. III 139 ff., IV 693 ff. — Erdmann, Liv.-, Esth.- u. Kurl. P.R. II § 115. — Bernatzik, Arch. f. öff. R. V 287 ff.

[2] Arnold a. a. O. S. 142 ff. Gierke, Gen.R. II 161 ff., 166 ff. Huber IV 693 Anm. 4.

Digitized by Google

Das Gut, das nach gemeinem Landrechte ganz dem Eigenbesitzer gehörte, erschien nach Herrschaftsrecht ganz als Bestandteil der dem Herrn gehörigen Herrschaft. Und was nach Landrecht allein des Herrn Eigen war, gehörte nach Lehnrecht oder Hofrecht durchaus dem Manne oder dem Bauern. Als dann die verschiedenen Rechtskreise ineinander gezogen und als Bestandteile einer einzigen Rechtsordnung gedacht wurden, mufste sich, wenn nicht auf der einen oder anderen Seite eine Rechtsminderung erfolgen sollte, die Vorstellung eines mehrfachen Eigentums an derselben Sache ergeben. Dafs Mehreren gleichzeitig Eigentum an der Sache zustehe, einem Jeden für sich unvollständiges und nur ihnen zusammen vollständiges Eigentum, war mit dem deutschen Eigentumsbegriff so gut vereinbar, wie das nicht minder häufige Zusammenbestehen von gegenwärtigem und anwartschaftlichem Eigentum. So ist denn in der Tat der Gedanke des geteilten Eigentums dem deutschen Mittelalter durchaus geläufig[3]. Man spricht davon, dafs ein Gut „manches Herrn" oder „manches Mannes" sein könne[4]. Die Auffassung, dafs das dem Herrn vorbehaltene echte oder rechte Eigen ein blofses Obereigentum, das Recht des Vasallen oder Zinsmannes aber ein Untereigentum sei, schimmert überall durch[5]. Bei der land- und stadtrechtlichen Leihe wird sogar bisweilen der Name des Eigen für beide Machtbereiche gebraucht[6] oder, was auf dasselbe hinausläuft, für beide vermieden[7].

Seit der Aufnahme des römischen Rechts hätte man, wenn man den römischen Eigentumsbegriff folgerichtig durch-

---

[3] Arnold a. a. O. S. 59 u. 149 ff. Heusler, Gewere S. 123 ff., 134, Inst. II 50. Franken, Französ. Pfandr. I 142. Huber IV 693. Heck, Die altfriesische Gerichtsverfassung, Weimar 1894, S. 105 Anm. 8.

[4] Sachsensp. II Art. 57, Lehnr. Art. 14 § 1. Unzählige Male heifst es ja auch, das Gut sei des Herrn Eigen und des Mannes Lehen, Erbe oder Zinsgut, es gehöre jenem als Eigen und diesem als Erbe, es sei Eigen des Herrn und Allmende der Bauern usw.; vgl. Gierke a. a. O.

[5] Darum übernahm man schon seit dem 13. Jahrh. bereitwillig die in Italien geprägten Kunstausdrücke „dominium directum" und „utile" und brauchte sie in lateinisch abgefafsten Urkunden als gleichbedeutend mit den deutschen Worten „eigen" und „erbe" oder „eigen" und „lehn"; Belege b. Kraut § 74 Nr. 8—10, Stobbe a. a. O. Anm. 3, Huber IV 357 Anm., Kohler u. Liesegang, Das römische Recht am Niederrhein, Stuttgart 1896, S. 92 ff. — Im Westerlauwschen Schulzenrecht § 6 (v. Richthofen, Rechtsq. S. 389) heifst das Lehen „onderhava", also Untereigentum; Heck a. a. O.

[6] Gierke a. a. O. II 166; Heusler, Inst. II 181; Schröder, Über eigentüml. Formen des Miteigentums S. 40.

[7] v. Schwind a. a. O. S. 164 ff.

Digitized by Google

führen wollte, mit der gesamten hergebrachten Anschauungsweise brechen müssen. Neben dem Eigentum des Einen hätte man in jedem Falle nur ein jus in re aliena des Anderen anerkennen dürfen. Damit wären die meisten Güter für ihre adligen oder bäuerlichen Besitzer zu fremden Sachen geworden. Eine Enteignung ungeheuerlichster Art hätte sich vollzogen! Sich solcher Vergewaltigung des Lebens zu unterfangen, war denn doch die romanistische Jurisprudenz weder stark noch blind genug[8]. So ergriff sie vielmehr das unter ähnlichen Verhältnissen längst in Italien ausgebildete Mittel einer den römischen Eigentumsbegriff kühn durchbrechenden Konstruktion.

Schon seit der Glosse war die Lehre durchgedrungen, dafs im römischen Rechte selbst ein doppeltes Eigentum an derselben Sache anerkannt sei: das dominium directum und das dominium utile[9]. Befangen in der germanischen Auffassung des Verhältnisses von Klage und Recht, glaubte man aus dem quellenmäfsigen Gegensatze von actio directa und actio utilis auf einen zugrunde liegenden Gegensatz von jus directum und jus utile schliefsen zu dürfen und schrieb daher dem Emphyteuta und dem Superfiziar, weil ihr Recht durch eine vindicatio utilis geschützt ist, ein dominium utile zu[10]. Diese Theorie übertrug man auf das Lehen und auf manche dem römischen Rechte unbekannte bäuerliche Besitzrechte[11]. Hiermit aber war das Tor geöffnet, durch das in sie die germanische Vorstellung der Teilung des Eigentumsinhaltes einziehen konnte. Man legte in das Wort „utile“ die Bedeutung von „Nutz und Gewer“ hinein und gelangte so zu der Auffassung, dafs dominium directum und utile nur zusammen das volle Eigentum, dagegen jedes für sich ein unvollständiges Eigentum seien. In diesem Sinne wurden die Begriffe in Deutschland aufgenommen[12]. Darum wurden hier für das dominium directum die Namen „Obereigentum“ oder auch „Grundeigentum“ („Grund-

[8] Den Bauern gegenüber scheute sie freilich in manchen Gegenden davor nicht zurück!

[9] Gloss. ad. l. 1 et 2 D. de bonor. poss. (37, 1), ad l. 1 D. de superfic (43, 18), ad l. 1 D. si ager vectig. (6, 3), ad l. 3 D. de usurpat. (41, 3), ad l. 1 C. de thesaur. (10, 5); Bartolus ad l. 17 D. de acquir. poss. (41, 2) Nr. 5—6. Vgl. Kraut § 74 Nr. 1—7.

[10] Ebenso dem bonorum possessor. Vgl. oben Bd. I 325; Lang a. a. O., Thibaut a. a. O. S. 70 ff., Landsberg a. a. O. S. 97 ff.

[11] Gl. ad l. 1 C. de thesaur. (10, 5); II F. 8 § 1 (tanquam dominus) u. Gl. ad h. l. (aliquod dominium).

[12] So schon bei ihrer Verwendung im Mittelalter, oben Anm. 5.

Digitized by Google

herrschaft"), für das dominium utile die Namen „Untereigentum" („minderes Eigentum") oder auch „nutzbares Eigentum" („Nutzungseigentum") geprägt. Theorie und Praxis bekannten sich unbedenklich zu den so geformten Begriffen[13], die Reichsgesetze machten von ihnen Gebrauch[14] und die Landesgesetzbücher bekleideten sie mit gesetzlichem Ansehen[15]. Zugleich bildete man eine allgemeine Lehre vom geteilten Eigentum aus, die auf der Konstruktion des Verhältnisses als eines gemeinschaftlichen Eigentums mit ungleichartigen Anteilsrechten beruhte. Insbesondere drang mehr und mehr die Auffassung durch, dafs dem Obereigentümer ein „Recht an der Substanz" oder die „Proprietät", dem Untereigentümer ein Miteigentum an der Proprietät und das alleinige „Nutzungsrecht" zustehe[16].

Nachdem in neuerer Zeit das geteilte Eigentum als unrömisch erwiesen war, wurde es von den Romanisten allgemein aufgegeben[17]. Man begnügte sich aber nicht mit seiner Verbannung aus dem römischen Recht, sondern sprach ihm die

[13] Vgl. z. B. Zasius, Comm. ad. l. 17 § 1 D. 41, 2 Nr. 18; Carpzov, Jurisp. for. II c. 39 def. 1—10; Stryck, Usus mod. VII, 1 § 3 ff.; Wolff, Jus naturae VI § 3; Estor § 1867; Pütter, Elem. jur. Germ. § 572—574; Selchow § 559—560; v. Berg, Jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle, I Nr. 20 S. 284 ff. — Dazu Eichhorn, R.G. IV § 565.

[14] Vgl. z. B. K.G.O. von 1521 t. 32 § 2; I.P.O. Art. V § 27, XI § 12, XV § 3.

[15] Kursächs. Konst. II c. 39. Bayr. L.R. II c. 2 § 2, auch Bayr. Lehnsed. v. 1808 § 79. Preufs. A.L.R. I, 8 § 19—20, I, 18 § 1 ff. Österr. Gb. § 357 bis 359. Bad. L.R. Art. 544c, 577 aa—ar. Württemb. Ges. b. Wächter II 301 Anm. 26, Reyscher II § 283 Anm. 4. Andere Gesetze b. Mittermaier § 156 Anm. 10, Falk V 187 Anm. 2. — Liv.-, Esth.- u. Kurl. P.R. Art. 942 ff.

[16] Vgl. bes. Preufs. L.R. I, 18 § 19—20: Wer nur die Proprietät an der Sache ohne das Nutzungsrecht hat, wird Eigner genannt. Wer Miteigner der Proprietät ist und zugleich das Nutzungsrecht hat, dem wird das nutzbare Eigentum an der Sache beigelegt. Dazu I, 18 § 1: Wenn das Eigentum geteilt ist, so wird derjenige, welchem nur ein Miteigentum an der Proprietät, aber kein Anteil an dem zum Eigentum gehörenden Nutzungsrechte zukommt, Obereigentümer genannt. Österr. Gb. § 357: Kommt . . . . Einem nur ein Recht auf die Substanz der Sache, dem Anderen dagegen nebst einem Rechte auf die Substanz das ausschließliche Recht an derselben Nutzung zu, dann ist das Eigentumsrecht geteilt und für beide unvollständig. Jener wird Obereigentümer, dieser Nutzungseigentümer genannt.

[17] Den ersten Angriff unternahm J. C. G. Budaeus, Von dem gemachten Unterschiede unter dem oberen und dem nutzbaren Eigentum, Zepernick, Sammlung IV Nr. 4 S. 61 ff. Insbesondere aber schlug die oben in Anm. 1 angef. Abh. von Thibaut durch.

24*

Digitized by Google

Daseinsberechtigung für jedes Recht ab. Weil es mit dem römischen Eigentumsbegriff unvereinbar ist, wurde und wird es für logisch unmöglich, für das bloſse Erzeugnis von Miſsverständnissen, für ein Trugbild erklärt. Nicht wenige Germanisten unterwarfen sich dem Machtspruche und verweigerten dem geteilten Eigentum auch einen Platz im deutschen Recht[18]. Allein eine unbefangene Rechtswissenschaft darf so nicht verfahren. Der Begriff des geteilten Eigentums war viele Jahrhunderte lang eine im europäischen Rechtsbewuſstsein gegründete Macht von lebendiger Wirklichkeit. Ihn nachträglich aus der Rechtsgeschichte hinauszuwerfen, weil er römischrechtlicher Logik widerspricht, ist vollkommen sinnlos. Aber auch für die dogmatische Behandlung des geltenden Rechtes ist er festzuhalten[19]. Denn insoweit noch heute Rechtsverhältnisse deutscher Herkunft bestehen, in denen er fortwirkt, hat eben der einheimische Eigentumsbegriff sich behauptet und der römische Eigentumsbegriff sich nicht durchgesetzt. Auch schützt ihn für viele Rechtsgebiete die ausdrückliche gesetzliche Festlegung, die nicht willkürlich miſsachtet werden darf[20], und für das Gebiet des gemeinen Rechtes ein festes Gewohnheitsrecht, das seine Kraft nicht eingebüſst hat[21].

Das geteilte Eigentum ist jedoch tatsächlich bis auf Trümmerstücke verschwunden. Es hat seine groſse geschichtliche Aufgabe, das in wenigen Händen zusammengeschlossene echte Eigentum an Grund und Boden wiederum aufzuteilen und allmählich in freies und volles Eigentum weiter Volkskreise überzuleiten, im wesentlichen erfüllt. Hatte in den Städten schon im Mittelalter die Aufzehrung des Obereigentums durch das Untereigentum begonnen, so ist in der Neuzeit auch auf dem Lande das meiste ritterliche und bäuerliche Untereigentum durch Aufhebung oder Ablösung des

---

[18] So namentlich Duncker a. a. O. (oben Anm. 1), Gerber § 77, Stobbe a. a. O. Anm 19 ff.

[19] Hierfür erklären sich bes. Runde § 264, Mittermaier § 156, Phillips II § 87, Maurenbrecher § 244, Bluntschli § 60, Walter § 132, Beseler § 81, Falck V 147 ff. 186, Weber a. a. O. S. 14 ff.; auch Stahl, Rechtsphil. II, 1 S. 387, Lassalle, System der erworbenen Rechte I 409 Anm. 1.

[20] Gleichwohl verwerfen Förster u. Eccius a. a. O. Anm. 17 ff. auch für das preuſs., Unger I 529, Randa a. a. O. u. Krainz I § 38 u. 194 für das österr., Erdmann a. a. O. S. 16 ff. für das baltische Recht den ganzen Begriff.

[21] Auch das R.Ger. hält an dem Begriff fest; vgl. C.S. XVIII Nr. 52. Vgl. auch Seuff. XXXIV Nr. 140.

Digitized by Google

Obereigentums in Volleigentum verwandelt worden[22]. Zugleich hat die Gesetzgebung vielfach die Neubegründung von geteiltem Eigentum ausdrücklich verboten[23]. Auch das B.G.B. kennt kein geteiltes Eigentum. Dagegen läfst es nicht nur vorhandenes geteiltes Eigentum unberührt, sondern ermöglicht auch dem Landesrechte, im bisherigen Umfang die Teilung des Eigentums fernerhin zu gestatten[24].

Ob in Zukunft das geteilte Eigentum noch einmal berufen sein wird, bei der Aufteilung des Bodens eine Rolle zu spielen, ist eine offene Frage. Die Sefshaftmachung breiter Volksschichten durch innere Kolonisation kann kaum mit dauerndem Erfolge bewirkt werden, ohne dafs Besitzformen Verwendung finden, die den Grundgedanken des geteilten Eigentums wieder aufnehmen. So hat denn auch die Gesetzgebung über Ansiedlungs- und Rentengüter neue Formen eines unvollständigen Eigentumes geschaffen, bei denen zwar der Name des geteilten Eigentums vermieden, sachlich aber ein ihm sehr ähnliches Verhältnis begründet ist.

II. Heutiges Recht. Die für die Reste des geteilten Eigentums geltenden Rechtsgrundsätze sind bei dessen einzelnen Anwendungsfällen darzustellen. Doch ist einiges Allgemeine zu bemerken.

1. Fälle. Ein geteiltes Eigentum ist gemeinrechtlich nur bei Lehen und gewissen Arten der Bauergüter, partikularrechtlich auch in anderen Fällen, insbesondere bei Familienfideikommissen, anerkannt[25]. Gegenstand ist in der Regel ein Grundstück und zwar in der Erweiterung zu einem Grundvermögen, das als stark ausgeprägtes Sondervermögen erscheint. Den Grundstücken stehen

---

[22] Hiervon ist im Lehnrecht und bei dem Recht der Bauerngüter zu handeln.

[23] Preufs. V.U. Art. 42: Bei erblicher Überlassung eines Grundstücks ist nur die Übertragung des vollen Eigentums zulässig; Preufs. Ges. v. 2. März 1850 § 2 u. 91. Bayr. Ges. v. 4. Juni 1848 § 17. Oldenb. G. v. 25. Apr. 1899 § 1. Sächs. Gb. § 226. Über das französ. R. Zachariae a. a. O.

[24] E.G. Art. 59, 63, 184.

[25] Preufs. L.R. I, 18 § 1 ff., 683 ff., II, 4 § 72 ff.; Österr. Gb. § 359, 629 ff., 1126 ff. Zum Teil fand der Begriff auch im Bergrecht Anwendung. Das baltische Recht schreibt auch dem Erbpfandbesitzer Nutzungseigentum zu; Art. 1541, Erdmann a. a. O. S. 218 ff. — Die meckl. A.V. z. B.G.B. § 5 bestimmen, dafs im Sinne der Landesgesetze unter „Nutzeigentum“ neben „Obereigentum“ das Erbbaurecht, das Lehnrecht und das Erbpachtrecht zu verstehen ist. Das Brem. G. v. 18. Juli 1899 spricht von „geteiltem Eigentum“ bei Meiergütern und Erbzinsgütern.

Digitized by Google

liegenschaftliche Gerechtigkeiten gleich. Möglich ist aber auch geteiltes Eigentum an einem beweglichen Sondervermögen[26].

2. Obereigentum. Das Obereigentum ist Eigentum, daher als selbständiges Privatrecht für sich vererblich und veräufserlich[27] und durch Eigentumsklage geschützt. Sein Inhalt beschränkt sich aber auf die sogenannten Proprietätsrechte oder das Recht an der Substanz. Im einzelnen gewährt es verschiedenartige Befugnisse; meist einerseits eine Mitwirkung bei der Verfügung über das Untereigentum, andererseits den Anspruch auf Dienste oder Abgaben. Wesentlich ist ihm nur das Heimfallsrecht. Durch die Fähigkeit, beim Wegfall des Untereigentums sich aus eigner Kraft zum Volleigentum zu verdichten (Konsolidation), bewährt es sich als ein die Sache im Ganzen ergreifendes Recht.

3. Untereigentum. Das Untereigentum ist gleichfalls Eigentum, daher für sich, obschon mit Einschränkungen, vererblich und veräufserlich und durch Eigentumsklage geschützt. Seinen Inhalt bildet neben einem Anteil an der Proprietät ein umfassendes Gebrauchs- und Nutzungsrecht, das nur an dem Rechte des Obereigentümers auf Erhaltung der Substanz eine Schranke findet[28]. Der Untereigentümer ist Subjekt aller am Grundstücke haftenden Realrechte. Auch aufserordentliche Erträge der Sache fallen ihm zu, daher auch der Eigentümeranteil am Schatze[29]. Dafür trägt er auch nicht blofs die ordentlichen, sondern auch aufserordentliche Lasten (z. B. Kriegslasten). Er pflegt berufen zu sein, die Sache im Prozefs selbständig zu vertreten[30]. Beim Wegfall des Obereigentums schwillt das Untereigentum aus eigner Kraft zu Volleigentum an (Appropriation)[31].

---

[26] So bei Geldlehen und Geldfideikommissen.

[27] R.Ger. XVIII Nr. 52 S. 252; Österr. Gb. § 1127—1128.

[28] Preufs. L.R. I, 18 § 4 u. 6; Österr. Gb. § 1129; Bad. L.R. Art. 577 ac, 1831 ae u. be.

[29] Preufs. L.R. I, 9 § 94 ff., I, 18 § 7; Bayr. L.R. II c. 3 § 4; Balt. R. Art. 950. So auch gemeinrechtlich; Weber IV 337; Busch, Beiträge zum Meierrecht S. 38 ff.; Emminghaus, Pand. S. 502 Nr. 46; Beseler § 82 Anm. 14, § 159 Anm. 10. A. M. die Leugner des geteilten Eigentums, aber auch Maurenbrecher § 246 Anm. 4, Bluntschli § 60. — Das Österr. Gb. teilt zwischen Ober- und Untereigentümer; § 399 u. 1143.

[30] So namentlich der Vasall. Vgl. Preufs. A.G.O. I, 1 § 30—31 u. dazu R.Ger. XXVIII Nr. 51.

[31] Vgl. Selchow § 560; Bluntschli § 60 a. E. — A. M. nicht nur die Leugner des geteilten Eigentums (vgl. Duncker a. a. O. S. 208 ff.), sondern auch Walter u. Beseler a. a. O.

Digitized by Google

Gerade hierdurch bewährt es sich als ein die Sache im Ganzen ergreifendes Recht. Die einfache Aufhebung des Obereigentums durch Verzicht oder Rechtssatz hat genügt, um das meiste Untereigentum in Volleigentum zu verwandeln.

§ 122. Das gemeinschaftliche Eigentum[1].

I. Geschichte. Hatte die ursprüngliche germanische Eigentumsordnung auf einer innigen Verflechtung der Gemeinschaftsrechte und der Sonderrechte an Sachen beruht, so trat, je selbständiger sich die als Sondereigentum ausgestaltete Sachherrschaft

---

[1] Vgl. die oben Bd. I § 62 Anm. 1—4 und § 80 Anm. 1 u. 9 ff. angef. Schriften. Hasse, Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft, Kiel 1808, S. 20 ff. Grimm, R.A. II 6 ff. Beseler, Erbvertr. I 73 ff.; Volksrecht u. Juristenrecht S. 185 ff. Bluntschli, Zürch. R.G. II 73 ff. Duncker, Das Gesamteigentum, Marburg 1843. Homeyer, Sachsensp. II, 1 S. 461 ff. O. Stobbe, Z. f. R.G. IV 207 ff. Gierke, Gen.R. II § 8 ff., 29 u. 36; Art. „Gesamteigentum" in Holtzendorffs Rechtslex. II 126 ff.; Genossenschaftsth. S. 318 ff. u. 362 ff. Heusler, Inst. I § 50 ff. Kohler, Ges.Abh. S. 421 ff. R. Schröder, Über eigentümliche Formen des Miteigentums im deut. u. französ. R., Heidelberg 1896. — Darstellungen des D.P.R. von Runde § 263, dazu Danz II 497 ff.; Eichhorn § 168 ff.; Mittermaier § 211 ff.; Phillips II § 86; Wolf I § 108 ff.; Maurenbrecher § 211 ff.; Beseler § 82; Bluntschli § 55 ff.; Gerber § 77; Gengler § 41; Stobbe II § 81 ff., bei Lehmann § 97 ff.; Roth III § 232; Franken § 33; Cosack b. Gerber § 72. Quellenstellen b. Kraut § 75. — Stahl, Rechtsphilosophie II, 1 S. 386 ff. Lassalle, Theorie der erworbenen Rechte, I 409. — Girtanner, Jahrb. f. D. III 239 ff. Steinlechner, Das Wesen der juris communio, Abt. II, 1878. Eck, Krit. V.Schr. XVIII 232 ff. Eisele, Arch. f. civ. Pr. LXIII 26 ff. Rümelin, Die Teilung der Rechte, 1883, S. 38 ff. W. v. Seeler, Die Lehre vom Miteigentum nach röm. R., Halle 1896. Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 131. Windscheid § 169a. Dernburg, Pand. I § 195 ff. Randa, Eigent. I § 9. — Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigentum nach dem preuß. L.R., Halle 1864. Boas, Zur Lehre vom Miteigentum, Berlin 1864. Förster-Eccius § 182. Dernburg, Preuß. P.R. I § 222 ff. — Roth, Bayr. C.R. II § 120. — Lang, Württ. Sachenr. § 28 ff. — Zachariae, Französ. C.R. I § 197, b. Crome § 181 ff. — Huber, Schweiz. P.R. III 140 ff., IV 698 ff. — Erdmann, Liv.-, Esth.- u. Kurl. P.R. II § 116. — v. Seeler, Das Miteigentum nach dem B.G.B., 1899. Joerges, Z. f. H.R. XLIX 140 ff., LI 47 ff. Endemann, B.R. II § 70. Cosack § 281 ff. Crome II § 286 ff. Enneccerus u. Lehmann I § 315 ff., II § 74. Eck, Vortr. S. 550 ff. Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag, Stuttgart 1904, S. 73 ff. Kreß, Die Erbengemeinschaft nach dem B.G.B., Jena 1903. Binder, Die Rechtsstellung des Erben III (1904) S. 1 ff. Strohal, Erbrecht (3. Aufl.) II 32 ff. — R. Courvoisier, De la propriété en main commune et de ses applications dans le projet de Code civil suisse, Neuchatel 1904.

Digitized by Google

der Einzelnen entfaltete, desto selbständiger ihr die zu Gemeinschaftseigentum ausgeprägte Sachherrschaft von Gesamtheiten gegenüber. Das Gemeinschaftseigentum erschien als ein besonders geartetes Eigentum, in dem das Sondereigentum seine Schranke und seine Ergänzung fand. Im Laufe der Zeit wurde seine einstige Übermacht gebrochen. Immer aber blieb es ein dem Sondereigentum ebenbürtiges Gebilde. Manche seiner alten Formen starben allmählich ab. Allein bis heute wahrte unser Recht die Kraft, neue jugendliche Formen des gemeinschaftlichen Eigentums zu erzeugen.

Die im deutschen Mittelalter ausgebildeten Formen des gemeinschaftlichen Eigentums spiegelten die Mannigfaltigkeit der Personenverbindungen sachenrechtlich wieder und waren daher sehr ungleicher Art. Es gab Verbandseigentum, woran die einzelnen Mitglieder keinen Anteil hatten[2], und Miteigentum, das sich in gesonderten Anteilen Mehrerer erschöpfte[3]. Dazwischen aber lagen in vielfacher Abstufung genossenschaftliche und gesamthändige Formen, bei denen der Eigentumsinhalt teils in einen einheitlichen Gemeinschaftsbereich zusammengefafst und teils in Sonderbereiche der Beteiligten zerlegt war.

Das römische Recht, dessen individualistischer Eigentumsbegriff solche Zwischenbildungen ausschlofs[4], bot für alles gemeinschaftliche Eigentum nur die beiden Denkformen des Alleineigentums einer juristischen Person und des Miteigentums zu gesonderten ideellen Anteilen. Nach der Rezeption brachte daher die Theorie auch die im Leben fortbestehenden deutschrechtlichen Formen des Gemeinschaftseigentums in einer dieser Kategorien unter. Sie half sich durch die Zulassung von Modifikationen, die freilich mit den römischen Begriffen schwer verträglich waren und den deutschen Gedanken nicht gerecht wurden, immerhin aber eine Schonung der einheimischen Rechtsbildungen ermöglichten[5]. Seit

---

[2] Als ausgeprägtes Alleineigentum der Verbandsperson zuerst in den Städten; Gierke, Gen.R. II 676 ff., 748 ff.

[3] Homeyer a. a. O. S. 464 ff.; Stobbe, Z. f. R.G. IV 221, 224 ff.; Gierke a. a. O. S. 947 ff.

[4] Die abweichende Ansicht von Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse im röm. R., Marburg u. Leipzig 1864, kehrt neuerdings bei R. Maschke a. a. O. S. 173 ff. wieder. Vgl. aber Gierke a. a. O. III 39 Anm. 14 u. S. 150 ff., sowie die dort angef. Lit.; dazu Dernburg, Pand. I § 195.

[5] Vgl. über die Entwicklung der Theorie seit der Glossatorenzeit Gierke a. a. O. S. 212 ff., 297 ff., 376 ff., 423 ff., 445 ff., 718 ff., 728 ff.; über das Verhalten der Gesetzgebung nach der Rezeption ib. S. 818 ff.

Digitized by Google

dem Ende des 17. Jahrhunderts raffte sich die erwachende germanistische Rechtswissenschaft zum Widerspruch auf und machte gerade hier ihren ersten bewufsten Versuch selbständiger Konstruktion. Sie schuf den Begriff des „Gesamteigentums", das sie als deutschrechtliche Form des gemeinschaftlichen Eigentums in Anspruch nahm und dem römischen Miteigentum gegenüberstellte[6]. Der neue Begriff errang im 18. Jahrhundert unter Beihülfe des Naturrechts eine fast unbestrittene Herrschaft und wirkte auf die grofsen Gesetzbücher ein. Seine Deutung aber blieb unsicher und zwiespältig. Hauptsächlich verwandte man zur Erklärung des Gesamteigentums zwei verschiedene Vorstellungen, indem man zunächst von einem dominium plurium in solidum sprach[7],

---

[6] Die von Duncker a. a. O. S. 1 ff. gelieferte Dogmengeschichte bedarf sehr der Vervollständigung. Zuerst verwandte man den neuen Begriff bei der ehelichen Gütergemeinschaft; so bekanntlich Justus Veracius, Libellus consuet. princ. Bamb., 1681, Tit. communio bonorum inter conjuges q. 1 (die Hauptstellen b. Duncker S. 5 ff.); ferner Estor III § 731 ff., Lange, Die Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güter unter denen teutschen Eheleuten, Bayreuth 1766, S. 49 ff., 162, Westphal II 19 § 4—5, Pütter, El. j. Germ. priv. § 313, J. A. Hofmann, Handb. des teut. Eherechts, Jena 1789, § 73, Scherer, Die verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft, Mannheim 1799, Th. I § 46 u. 71. Frühzeitig auch bei der Gesamtbelehnung; so schon Schilter, Cod. jur. Alem. feud. ad c. 3 § 6 (dominium utile in solidum pro indiviso), Inst. jur. feud. Germ. et Langob., Argentor 1695, c. 5 § 6—7; vgl. Baser, De origine et progressu communis Saxonum manus, 1746, § 11 u. 20 (Op. II 200 und 203), Püttmann, Elem. jur. feud., Lips. 1781, § 245 ff., Obs. jur. feud., Lips. 1783, c. 17 ff., Schnaubert, Erläut. des in Deutschland üblichen Lehnrechts, II, 1 c. 4 § 112 S. 304 ff., bes. S. 319. Ferner bei der Ganerbschaft; so andeutungsweise schon Kyllinger, De ganerbiis castrorum, 1620, disc. 6 Nr. 1 sq. (Stelle b. Duncker a. a. O. S. 3 ff.), bestimmter Langsdorff (Senckenberg) in einer Diss. v. 1736 (mit Unrecht geleugnet von Duncker a. a. O. S. 8), Eisenhart, Inst. jur. Germ. II t. 2 § 24 ff., Schmidt, Princ. jur. Germ. II t. 2 § 7 ff., Estor § 3148. Erst später bei der Markgenossenschaft; Hofacker, Princ. jur. civ. II § 909 ff. Dann allgemein bei dem zur Erklärung der deutschen Stammgütererbfolge angenommenen Familieneigentum; Fischer, Versuch über die Geschichte der teutschen Erbfolge, 1778, S. 28 ff.; Biener, De natura et indole dominii, 1770, S. 28; vgl. auch Estor § 1889, Walch, De condominio successionis fundamento in Germania, Jena 1773, Pütter, Beiträge I 229 ff. — Den Schritt, das Gesamteigentum in der Eigentumslehre selbst als allgemeinen Begriff neben dem Miteigentum zu entwickeln, tat erst Hofacker, Princ. jur. civ., Tüb. 1788, § 904 ff. Ebenso dann namentlich Runde § 263, Danz II 497 ff., Glück, Komm. VIII § 527.

[7] So nach dem Vorgange von Justus Veracius die meisten in Anm. 6 genannten Schriftsteller. Übergegangen ins Bad. L.R. Art. 577 Ia.

später die naturrechtliche persona moralis einführte[8]. Mit dem dominium plurium in solidum gab man dem richtigen Gedanken Ausdruck, daſs hier das Recht jedes Teilhabers sich nicht in einem gesonderten Anteile erschöpfe, sondern das Sachganze ergreife[9]. Allein unter dem Joche des römischen Eigentumsbegriffes verirrte man sich zu der widerspruchsvollen Annahme eines vollen und ausschlieſslichen Herrschaftsrechtes Mehrerer an demselben Gegenstande. Durch die Auffassung der Gesamteigentümer als Kollektivperson brachte man den richtigen Gedanken zur Geltung, daſs hier eine personenrechtliche Verbundenheit der Teilhaber einigend wirke[10]. Allein indem man den verschwimmenden naturrechtlichen Begriff der persona moralis verwandte, warf man Genossenschaft und gesamte Hand durcheinander, verlor jeden festen Maſsſtab für die Grenzziehung zwischen einheitlichem und vielheitlichem Bereich und wurde schlieſslich wiederum dahin gedrängt, entweder die Einzelnen zugunsten einer juristischen Person zu enteignen[11]

---

[8] Vielfach verband man die Vorstellung der Personeneinheit mit der des solidarischen Miteigentums; so z. B. G. L. Boehmer, Obs. jur. feud., Gött. 1767 (ed. nova 1787), obs. 8 p. 214 ff., Lange a. a. O. S. 184, Runde § 603, Danz VI 384, 402, 412. Oft aber wurde die Annahme, daſs die Gemeiner eine moralische Person bilden, auch selbständig verwertet, um deutschrechtliche Eigentumsgemeinschaften zu erklären; vgl. Wolff, Inst. § 191 ff., 330 ff., Nettelbladt, Syst. nat. § 222 ff., Weyer, De communione bonorum inter conjuges, Lemgov. 1739, I, 17 § 2, Kind, Qu. for. I c. 4 p. 41, Eichhorn § 168. Kreittmayr trug sie in das Bayr. L.R. II c. 2 § 16 Nr. 1—4 hinein, während er das dominium plurium in solidum ausdrücklich als „unmöglich" und „bloſse Chimäre" verwirft. Sie findet sich auch im Preuſs. A.L.R. I, 8 § 18 u. im Österr. Gb. § 361.

[9] Hieraus erklärte man namentlich den Ausschluſs der Teilungsklage, den Mangel einer Verfügungsgewalt des Teilhabers oder deren Beschränkung durch Näherrechte der Genossen und die Geltung des Konsolidationsprinzips. Vgl. bes. die Stellen b. Duncker a. a. O. S. 5 ff., sowie Westphal II 19—20, Pütter, Elem. j. Germ. § 362.

[10] Vgl. oben Bd. I 461 ff. u. 662 ff. Neben den einzelnen sachenrechtlichen Wirkungen der Personeneinheit betonte man öfter den allgemeinen Gesichtspunkt, daſs das deutsche Recht die Gemeinschaft weit mehr begünstige und inniger zu gestalten pflege, als das römische Recht; vgl. z. B. Estor § 1867 ff., 1888 ff., 3402 ff., 4277 ff., Pütter, Elem. j. Germ. priv. § 262 ff., 318, 320, 362, 364, 638 ff., sowie die b. Beseler § 128 Anm. 9 angef. Äuſserungen über das Wesen der ehelichen Gütergemeinschaft.

[11] Diesen Schritt wagte Hasse a. a. O., der das Gesamteigentum verwarf und nicht bloſs bei der ehelichen, sondern bei jeder „deutschen" Gütergemeinschaft Alleineigentum einer „moralischen", „juristischen" oder „mystischen Person" ohne Anteilsrechte der „Glieder" annahm; vgl. S. 93, 99, 103 ff., 106 ff., 115 ff., 137 ff., 174 ff.

Digitized by Google

oder das Gesamteigentum in modifiziertes Miteigentum aufzulockern [12].

Die romanistische Gegenströmung des 19. Jahrhunderts bedrohte den unreifen Sprössling der germanistischen Jurisprudenz mit vorzeitigem Tode. Allerdings beschritten seit 1835 Beseler und Bluntschli den richtigen Weg, die Theorie des Gesamteigentums durch die Erneuerung des germanischen Genossenschaftsgedankens tiefer zu begründen [13]. Allein die Gestaltlosigkeit der ursprünglichen Genossenschaftstheorie hinderte auch die Befreiung der sachenrechtlichen Begriffsbildung von der alten Unklarheit [14]. So verfiel, nachdem insbesondere L. Duncker der Zerstörung des Gesamteigentums ein eigenes Buch gewidmet hatte (1843) [15], der ganze Begriff dem Spotte der Romanisten und wurde alsbald auch von deren germanistischen Gefolgsleuten aufgegeben [16]. Man erklärte wieder die römische Grundauffassung für logisch allein möglich und stutzte die ihr widerstreitenden Lebenserscheinungen kunstvoll so zurecht, dafs blofse „Modifikationen“ des Alleineigentums der juristischen Person oder des Miteigentums nach Bruchteilen heraussprangen [17]. Mehr und mehr indes erwies sich dieser

---

[12] So kennen das Bayr. L.R., das Preufs. A.L. u. das Österr. Gb. keinen begrifflichen Unterschied zwischen „Miteigentum“ und „Gesamteigentum“, sondern führen in alles Miteigentum die Personeneinheit im Sinne der gesamten Hand ein und verstärken sie bei einzelnen Gemeinschaften dergestalt, dafs auch Genossenschaftseigentum darunter begriffen werden kann. Doch braucht das Preufs. A.L. II, 16 § 132 u. 264 beim gemeinschaftlichen Bergbau den Ausdruck „Gesamteigentum“.

[13] Beseler in den Erbverträgen 1835, Bluntschli in der Zürch. St. u. R.G. 1838. Ähnlich Phillips 1838. Vgl. oben Anm. 1.

[14] Vgl. oben Bd. I 480 ff.

[15] Oben Anm. 1. Vorher hatte namentlich Maurenbrecher schon in der 1. Aufl. seines D.P.R. (1834) § 187a das Gesamteigentum bekämpft, auch Mittermaier seit der 5. Aufl. (1834) § 55 es fallen lassen. Später schrieb C. H. Hermann, Doctrinam de condominio Germanico e jurisprudentiae ambitu esse removendam, Halis 1848.

[16] So von Gerber § 77, Gengler, Lehrb. S. 202 ff., Hillebrand § 45, Walter § 122, Roth, Bayr. C.R. § 120, D.P.R. § 232, auch Reyscher II § 281 Anm. 2 u. Falck V 148. Vgl. ferner Thöl, Volksr. S. 59 ff.; Förster u. Eccius III § 167 Anm. 24 ff.; Crome, Krit. V.Schr. XVI 207 ff., XVII 176 ff., sowie in der 8. Aufl. v. Zachariae § 181, während bis dahin in § 197 das Gesamteigentum im alten Sinne verteidigt war; Erdmann a. a. O. II 22 ff.; Randa I § 9 Anm. 2.

[17] Bezeichnend sind die bei Duncker a. a. O. § 9—22 für die einzelnen Fälle des deutschen Gemeinschaftseigentums versuchten romanistischen Konstruktionen, die untereinander ungleich, alle aber gleich unpassend sind.

Digitized by Google

Begriffszwang als unerträglich. Allmählich drang daher die Überzeugung durch, dafs der Begriff des Gesamteigentums keineswegs todeswürdig, sondern nur der Läuterung bedürftig sei. Die hierauf verwandte Arbeit, die sich mit der Arbeit an der Ausbildung einer deuschrechtlichen Genossenschafts- und Gemeinschaftstheorie deckt, hat bisher ein festes und allseitig angenommenes Ergebnis noch nicht gezeitigt [18]. Allein dafs überhaupt das deutsche Recht einen selbständigen Begriff des Gemeinschaftseigentums besitzt, der nicht nur geschichtliche Bedeutung hat, sondern auch für die Dogmatik des geltenden Rechts fruchtbar gemacht werden mufs, wird heute wieder überwiegend anerkannt. Auch die Praxis verwertet diesen Begriff mehr oder minder bewufst in ausgiebiger Weise [19]. Die Gesetzgebung hat zwar nur vereinzelt sich an seine Formulierung gewagt [20], legt ihn aber bei der Regelung zahlreicher Rechtsgebilde zugrunde und stellt seiner wissenschaftlichen Formulierung kein Hindernis entgegen [21].

II. Heutiges Recht. Somit gibt es auch heute deutschrechtliche Formen des gemeinschaftlichen Eigentums, die weder auf Alleineigentum einer Verbandsperson noch auf Miteigentum nach Bruchteilen zurückführbar sind.

---

[18] Vielfach wird der Begriff des Gesamteigentums in vollem Umfange aufrecht erhalten, ohne dafs dabei das genossenschaftliche Gesamteigentum und die Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand grundsätzlich unterschieden würden; vgl. z. B. Bluntschli, D.P.R. § 58, A. Heusler, Z. f. schweiz. R. X 103 ff., Stahl, Rechtsphilos. II, 1 S. 386 ff., Lassalle a. a. O. I 409, Franken § 33, Huber III 140 ff. Beide Typen, obschon unter Festhaltung des einheitlichen Namens „Gesamteigentum", gesondert zu haben, ist das Verdienst von Beseler, D.P.R. § 58. Dieser Weg ist unter Aufgabe des einheitlichen Namens von Gierke a. a. O. weiter verfolgt. Übereinstimmend Cosack b. Gerber § 72. Neuerdings wird von manchen das genossenschaftliche Gesamteigentum überhaupt verworfen und nur die Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand als ein vom Miteigentum verschiedenes Verhältnis anerkannt; so Stobbe, D.P.R. II § 82 a. E. (anders Lehmann ib. § 98 Anm. 39 u. 40, der zu dem Begriffe des modifizierten Miteigentums zurückkehrt und sogar das Aktiengesellschaftseigentum und sonstige Genossenschaftseigentum wieder unter diesen Begriff beugt); Heusler, Inst. I § 52; Kohler a. a. O. S. 421 ff.

[19] Gierke, Genossenschaftsth. S. 320 ff., 345 ff., 369 ff., 466.

[20] Vgl. die Bestimmungen über „Gesamteigentum" im alten Zürch. Gb. § 567 ff. (jetzt gestrichen), sowie im Schaffh. § 509 ff. u. im Bündner § 213.

[21] Nur das Sächs. Gb. § 225 suchte ihm den Weg zu verlegen. Das B.G.B. läfst freie Bahn, da es anerkennt, dafs das Eigentum mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen kann, ohne dafs Miteigentum nach Bruchteilen vorliegt.

Digitized by Google

Diese Formen zerfallen je nach dem Baue der Eigentumsgemeinschaft in zwei wesensverschiedene Gruppen. Denn diese Gemeinschaft wurzelt entweder im genossenschaftlichen Prinzip oder im Prinzip der gesamten Hand. Beiderlei Formen sind scharf zu trennen und werden am besten mit verschiedenen Namen bezeichnet. Wir verwenden den Ausdruck „Gesamteigentum“ nur für die körperschaftsrechtlichen Formen und sprechen im übrigen von „Eigentumsgemeinschaften zur gesamten Hand“ [22].

Beiderlei Formen stimmen aber darin überein, dafs sie im Gegensatze zu den Formen des Alleineigentums einer juristischen Person und des schlichten Miteigentums, die das individualrechtliche Wesen des Eigentums unberührt lassen, einen sozialrechtlichen Ausbau des Eigentums erwirken. Denn hier steht das Eigentum an einer Sache mehreren Personen in bestimmter rechtlicher Verbundenheit gemeinschaftlich zu. Es wird daher in die vom Personenrechte gesetzte Gemeinschaftsordnung hineingezogen. Zu diesem Behufe wird der Eigentumsinhalt in zwei Befugnisinbegriffe zerlegt, von denen der eine den ungesonderten Bereich einheitlicher Gemeinherrschaft bildet, der andere in die gesonderten Bereiche mehrheitlicher Teilherrschaft fällt. Eine derartige Zerlegung ist freilich mit dem römischen Eigentumsbegriffe unvereinbar, wird aber durch den deutschen Eigentumsbegriff ermöglicht [23].

Gegenstand aller Arten des gemeinschaftlichen Eigentums kann nach deutscher Auffassung nicht blofs eine körperliche, sondern auch eine unkörperliche Sache sein [24]. Vor allem ausgebildet sind heute die Formen, bei denen der Gegenstand des gemeinschaftlichen Eigentums ein Vermögen als Ganzes bildet [25].

Je nach der Beschaffenheit des personenrechtlichen Bandes einerseits und des Gegenstandes andererseits erfolgt die Ver-

---

[22] Vgl. oben Anm. 18.

[23] In der älteren Theorie wurden die Begriffe des geteilten Eigentums und des Gesamteigentums stets miteinander in Verbindung gesetzt und durch einander gestützt; oft wird der Unterschied nur darin gefunden, dafs die Befugnisinbegriffe der Teilhaber dort ungleichartig, hier gleichartig seien.

[24] Vgl. oben § 120 Anm. 40 u. 71—74; über Gesamteigentum an Gerechtigkeiten Bd. I 539 Anm. 28. — Natürlich ist auch einfaches Miteigentum an unkörperlichen Sachen möglich. Vgl. z. B. über das Miteigentum zweier Fischerinnungen an einer Fischereigerechtigkeit R.Ger. XXVIII Nr. 69; über das im preufs. R. anerkannte Miteigentum an einer Forderung R.Ger. XX Nr. 70 u. XXI Nr. 47, Dernburg, Preufs. P.R. I § 223 Anm. 1.

[25] Vgl. oben § 104 Anm. 71, sowie Bd. I 539 Anm. 28 u. 676 Anm. 67.

Digitized by Google

teilung der Eigentumsbefugnisse auf mannigfach verschiedene Weise. Von durchgreifender Bedeutung ist hier wie beim geteilten Eigentum die Unterscheidung der Rechte an der Substanz und an der Nutzung. Eine wichtige Rolle aber spielt hier daneben die schon im Mittelalter vollzogene Loslösung der Macht über den Wert von der Macht über den Sachkörper und die damit geschaffene Möglichkeit, nicht nur vom Eigentum selbständige dingliche Wertrechte abzuscheiden, sondern auch in das Eigentum bei ungeteilter Herrschaft über den Sachkörper Wertanteile einzuführen[26].

Den deutschrechtlichen Formen des gemeinschaftlichen Eigentums entsprechen ähnliche Formen der gemeinschaftlichen Zuständigkeit begrenzter dinglicher Rechte[27].

1. Gesamteigentum. Gesamteigentum ist Eigentum, das kraft einer genossenschaftlichen Körperschaftsverfassung einer Verbandsperson und ihren Mitgliedern gemeinschaftlich zusteht.

Das schlichte Körperschaftseigentum ist kein gemeinschaftliches Eigentum, sondern Alleineigentum einer juristischen Person. Dieses Alleineigentum erfährt durch reine Mitgliedschaftsrechte auf mittelbaren oder unmittelbaren Sachgenuſs keinen Abbruch[28]. Aber auch durch mitgliedschaftliche Sonderrechte auf Beteiligung am Sachgenuſs wird es nicht notwendig aufgehoben. Denn solche Sonderrechte haben möglicherweise nur den Inhalt begrenzter dinglicher oder gar bloſs persönlicher Rechte[29]. Ist dies der Fall, so liegt zwar genossenschaftlich beschränktes oder gebundenes, aber immer noch alleiniges Eigentum der Verbandsperson vor.

Anders aber verhält es sich, wenn mitgliedschaftliche Sonderrechte bestehen, als deren Inhalt ein Anteil, sei es nun ein realer Nutzungsanteil oder ein bloſser Wertanteil, an Körperschaftsgut vorgestellt wird. Derartige Anteile zehren das Eigentum der Verbandsperson nicht auf, da deren Sachherrschaft nach wie vor die Sache im Ganzen ergreift und bei dem Wegfalle der Sonder-

[26] R. Schröder a. a. O. (oben Anm. 1) S. 10 ff. weist nach, daſs im deutschen Rechte des Mittelalters ein „Miteigentum nach Wertbeträgen“ ausgebildet war.

[27] Oben Bd. I 541 Anm. 37, 676 Anm. 64; unten § 145.

[28] Daher auch nicht durch bürgerliche Nutzungen am Gemeinlande; oben Bd. I 608. Noch weniger durch gemeine Gebrauchsrechte an öffentlichen Sachen; oben § 102.

[29] So z. B. Kirchstuhlsrechte und Begräbnisrechte; oben § 102 Anm. 59 und 60. Vielfach auch Nutzungsrechte am Gemeinlande; oben Bd. I 608 ff.

Digitized by Google

rechte sich ohne weiteres zu Volleigentum verdichtet. Aber auch die aus dem Machtbereiche der Verbandsperson ausgeschiedenen sonderrechtlichen Anteile sind Eigentumsanteile, weil auch sie die Sache im Ganzen ergreifen und bei dem Wegfalle des Rechtes der Verbandsperson aus eigner Kraft den vollen Eigentumsinhalt an sich ziehen. Somit begründet hier die genossenschaftliche Ordnung eine Eigentumsgemeinschaft zwischen der Verbandsperson und den anteilsberechtigten Mitgliedern. Der Eigentumsinhalt ist in zwei Befugnisbereiche zerlegt, von denen der eine in Einheitsrecht zusammengefafst, der andere zu Sonderrecht verteilt ist. Jeder dieser Befugnisbereiche gewährt für sich ein Stück der Eigentumsmacht, nur beide zusammen aber in ihrer verfassungsmäfsigen Verbindung stellen das volle Eigentum dar. Seine besondere Ausgestaltung empfängt das Gesamteigentum durch das Körperschaftsrecht, das die genossenschaftliche Umbildung des Eigentums von sich aus vollzieht, hierzu aber nicht imstande wäre, wenn ihm nicht das Sachenrecht einen darauf angelegten Eigentumsbegriff böte[30].

2. Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand. Die zweite deutschrechtliche Form des gemeinschaftlichen Eigentums liegt vor, wenn das Eigentum an einer Sache mehreren Personen zur gesamten Hand zusteht.

Das schlichte Miteigentum begründet keine Eigentumsgemeinschaft. Es ist Eigentum, das an einer Sache mehreren Personen nach Bruchteilen zusteht[31]. Wie immer diese Bruchteile vorgestellt werden mögen[32], so ist unter allen Umständen der ideelle Anteil jedes Miteigentümers ein für sich bestehendes Sachenrecht, das nach Art des Alleineigentums behandelt wird[33]. In der Summe der gesonderten Anteile aber erschöpft sich der Eigentumsinhalt, so dafs ein unaufgeteilter Rest von Eigentumsrecht, das den Teilhabern gemeinschaftlich zustände, nicht übrig

---

[30] Das Nähere gehört teils in das allgemeine Körperschaftsrecht (oben Bd. I 539 ff.), teils in die Lehre von den einzelnen Körperschaftsgattungen; vom Gesamteigentum an der Allmende ist oben Bd. I 606 ff., vom agrargenossenschaftlichen Gesamteigentum ebenda S. 617 die Rede gewesen; das Gesamteigentum am hochadligen Hausgut und an anderen Familiengütern ist im Recht der Haus- und Stammgüter, das gewerkschaftliche Gesamteigentum im Bergrecht darzustellen; das Gesamteigentum am Vermögen der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehört ins Handelsrecht.

[31] So B.G.B. § 1008.

[32] Vgl. darüber oben § 103 Anm. 39.

[33] Vgl. oben § 103 Anm. 40 u. 41.

Digitized by Google

bleibt. Eine bestimmte Verbundenheit der Subjekte ist für das Miteigentum nicht erforderlich und, wenn vorhanden, unerheblich. Allerdings wird durch die Einheit der Sache, auf die sich die Anteilsrechte beziehen, irgend eine Gemeinschaft unter den Miteigentümern erzwungen. Allein diese Gemeinschaft ist keine Eigentumsgemeinschaft. Im römischen Recht, das ihr eine streng individualistische und möglichst gebrechliche Form verliehen hat, ist sie eine reine Obligation und hat ihren Schwerpunkt in dem Anspruche auf Auseinandersetzung[84]. Die neueren Gesetzbücher haben sie unter dem Einflusse des deutschen Rechtsgedankens der gesamten Hand mehr im Sinne einer organisierten und auf die Dauer angelegten Verbindung geordnet[85]. Auch nach dem B.G.B. überschreitet sie den Rahmen eines Schuldverhältnisses[86]. Sie erstreckt sich grundsätzlich auf die gesamte Verwaltung der dem Miteigentum unterworfenen Sache[87]; sie begründet unter den Miteigentümern eine ständige Willensverbundenheit, vermöge deren in dem der Gesamtheit zugewiesenen Herrschaftsbereiche teils Beschlufsfassung mit Stimmenmehrheit teils Darstellung Aller durch den einzelnen Teilhaber stattfindet[88], und verknüpft so die Subjekte

[84] Bekanntlich dient die actio communi dividundo auch der Geltendmachung von Ansprüchen aus bestehender Gemeinschaft; Seuff. LIII Nr. 7 und 214.

[85] Über ältere Gesetze Gierke, Gen.R. III 819 Anm. 196. Über die durch das Preuſs. L.R. I, 17 § 12 ff. geschaffene Organisation der Gesamtheit mit Mehrheitsbeschlüssen und Vertretungsmacht der Teilhaber vgl. Dernburg, Preuſs. P.R. I § 223. Über Mehrheitsbeschlüsse nach Österr. Gb. § 833—838 vgl. Randa I 233 ff. Vgl. auch Sächs. Gb. § 331; Roth III 148 ff.; Stobbe b. Lehmann II § 98 Z. 2. — Daſs im Bayr. L.R., Preuſs. L.R. u. Österr. Gb. den Miteigentümern für den Gemeinschaftsbereich ausdrücklich Personeneinheit zugeschrieben wird, ist schon oben Anm. 8 u. 12 bemerkt.

[86] Hieran ändert es nichts, daſs die auch für das Miteigentum geltenden allgemeinen Bestimmungen über Gemeinschaft (§ 741—758) in das Recht der Schuldverhältnisse gestellt sind.

[87] B.G.B. § 744 Abs. 1: Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes steht den Teilhabern gemeinschaftlich zu.

[88] Mit Stimmenmehrheit nach Anteilen kann eine ordnungsmäſsige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden; mangels Vereinbarung oder Beschluſsfassung kann jeder Teilhaber eine angemessene Regelung durch Richterspruch verlangen; § 745 Abs. 1—2. Die zur Erhaltung der Sache notwendigen Maſsregeln kann jeder Teilhaber auch einseitig treffen und dazu vorgängige Einwilligung der anderen Teilhaber fordern; § 744 Abs. 2. Bei der Geltendmachung der Ansprüche aus dem Eigentum gegen Dritte kann jeder Miteigentümer die ganze Sache vertreten, jedoch ihre Herausgabe nur an die Gesamtheit verlangen; § 1011 (ebenso schon bisher nach preuſs. Praxis, vgl. R.Ger. XX Nr. 70).

Digitized by Google

zu einer Personeneinheit; sie bindet die Herrschaftsbereiche der einzelnen Miteigentümer durch Einschränkungen und Belastungen, die mit dinglicher Wirkung ausgestattet sind und so in das Sachenrecht übergreifen[39]. Man wird nicht umhin können, eine solche Gemeinschaft im Gegensatze zur römischen Kommunion als Gemeinschaft zur gesamten Hand zu bezeichnen[40]. Allein eine Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand ist sie nicht. Vielmehr bleibt sie eine bloſse Verwaltungsgemeinschaft[41], die an der Zuständigkeit des Eigentums nichts ändert und daher das Alleineigentum der einzelnen Teileigentümer begrifflich unversehrt läſst[42].

---

[39] Die gehörige Feststellung einer Verwaltungsordnung wirkt auch für und wider die Sondernachfolger; § 746. Ebenso geht der Anspruch jedes Teilhabers, daſs bei Aufhebung der Gemeinschaft eine aus den anteilig zu tragenden Lasten und Kosten herrührende Gesamtschuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt werde, auch gegen die Sondernachfolger; § 755. Desgleichen der Anspruch eines Teilhabers, bei Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung einer auf die Gemeinschaft gegründeten Forderung gegen einen anderen Teilhaber aus dessen Teil zu fordern; § 756. Nur ist, wenn es sich um Miteigentum an einem Grundstücke handelt, die dingliche Wirkung stets durch Eintragung ins Grundbuch bedingt; § 1010.

[40] Vgl. oben Bd. 1 673.

[41] Auf die Verfügung erstreckt sie sich nicht. Zur Verfügung über das Sachganze sind nur Alle zusammen befugt; § 746. Auch eine wesentliche Veränderung der Sache kann nicht beschlossen oder verlangt werden; § 745 Abs. 2. Die Verfügung über seinen Anteil steht jedem Teilhaber für sich zu; § 746. Der Anteil ist daher auch pfändbar. Die Gemeinschaft ihrerseits kann über die Anteile nicht verfügen und daher auch das Recht jedes Teilhabers auf einen seinem Anteile entsprechenden Bruchteil der Nutzungen nicht beeinträchtigen; § 743, 745 Abs. 2. Gesetzliche Einschränkungen der Verfügungsmacht über den Anteil sind dem B.G.B. unbekannt; insbesondere hat es das früher sehr verbreitete und vom Preuſs. L.R. festgehaltene Näherrecht der Miteigentümer nicht aufgenommen; vgl. unten § 153 IV.

[42] Das Übergewicht des Sonderrechts über das Gesamtrecht äuſsert sich am kräftigsten darin, daſs jeder Teilhaber jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft und damit Umwandlung seines Bruchteilseigentums in Sondereigentum an einem entsprechenden Realteil der Sache verlangen kann; B.G.B. § 749 Abs. 1. Der Teilungsanspruch des Miteigentümers geht grundsätzlich auf Eigentumserwerb an einem Naturalteil; nur wenn die Teilung in Natur ausgeschlossen ist, tritt ein entsprechender Wertteil an die Stelle; § 752 ff. — Besteht an einem Miteigentumsanteil Nieſsbrauch oder Faustpfandrecht, so übt der Nieſsbraucher oder Pfandgläubiger die Rechte des Teilhabers in der Verwaltungsgemeinschaft aus; die Aufhebung der Gemeinschaft kann nur von ihm und dem Miteigentümer gemeinschaftlich, jedoch vom Pfandgläubiger nach Eintritt der Verkaufsberechtigung auch einseitig verlangt werden; mit der Aufhebung wird das, was an die Stelle des Anteils tritt, Gegenstand des Nieſsbrauchs oder Pfandrechts; § 1066, 1258.

Digitized by Google

Das Miteigentum ist rechtsgeschäftlicher Abwandlungen im Sinne einer stärkeren Annäherung an Gemeinschaftseigentum fähig. Durch dinglichen Vertrag kann für die Verwaltung und Benutzung der Sache eine bindende Ordnung festgesetzt werden, die das Sonderrecht des einzelnen Teilhabers über das gesetzliche Mafs hinaus einschränkt[43]. Auch eine dingliche Belastung der gemeinschaftlichen Sache zugunsten eines Miteigentümers ist möglich[44]. Ebenso kann der Anteil eines Miteigentümers zugunsten der anderen Miteigentümer dinglich belastet werden[45]. Auf diese Weise vermag der Vertrag auch die Verfügung des Einzelnen über seinen Anteil zu beschränken[46]. Insbesondere aber unterliegt das gesetzliche Recht des Miteigentümers, jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, vertragsmäfsiger Abänderung. Während das römische Recht nur einen zeitweiligen Aufschub der Teilungsklage als zulässig betrachtet[47], blieb in Deutschland die Anschauung lebendig, dafs auch der völlige Ausschlufs des Teilungsanspruches wirksam bedungen werden könne[48]. Die meisten Gesetzbücher gestatten rechtsgeschäftliche Festsetzungen der Unauflöslichkeit nur auf Zeit[49]. Das B.G.B. schlägt einen Mittelweg ein. Es erkennt jede

[43] Vgl. oben Anm. 39. Auch das ohne Zustimmung nicht entziehbare Sonderrecht auf einen Bruchteil der Nutzungen kann mit dinglicher Wirkung wegbedungen werden. — Ob schon nach gemeinem Recht die Vereinbarung einer bestimmten Benutzungsart dingliche Kraft haben kann, ist bestritten; dafür z. B. Kohler, Ges.Abh. S. 183 ff., dawider Rümelin a. a. O. S. 51.

[44] B.G.B. § 1009 Abs. 1. Vgl. Sächs. Gb. § 571.

[45] Oben § 103 Anm. 41.

[46] So ist z. B. auch fernerhin, obschon das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer weggefallen ist (oben Anm. 41), beim Miteigentum an einem Grundstücke die vertragsmäfsige Begründung eines gegenseitigen dinglichen Vorkaufsrechtes möglich.

[47] Windscheid § 449 Anm. 14; Randa § 9 Anm. 5; Roth III 155.

[48] Vgl. z. B. Estor § 1872 u. 4791; Crellius, De communione necessaria et indissolubili, Diss. 80 p. 1582 ff. § 6—7; Leyser, Spec. 186 m. 1—3, Spec. 669 m. 22; Stobbe b. Lehmann II § 98 Anm. 8; Seuff. VIII Nr. 11, XXIII Nr. 109.

[49] So das Österr. Gb. § 831—832; vgl. Randa I 247. Der Code civ. Art. 815 begrenzt den Zeitraum, für den der Teilungsanspruch ausgeschlossen werden kann, auf 5 Jahre; vgl. Zachariae b. Crome § 181 Anm. 19—21. Nach dem Sächs. Gb. § 338 wirkt der Verzicht höchstens auf 20 Jahre. Der Cod. civ. Ital. Art. 681 gestattet Festsetzung der Unteilbarkeit für 10 Jahre, gewährt aber dem Richter stets die Befugnis auch vorzeitiger Aufhebung. — Vielfach wird auch für das preufs. R. die Unzulässigkeit der Abrede immerwährender Unteilbarkeit behauptet; so Koch, Komm. zu § 75 L.R. I, 17, Roth a. a. O. Anm. 31, Randa a. a. O. Anm. 61; vgl. aber Dernburg, Preuß. P.R. I § 224 Anm. 2.

Digitized by Google

Vereinbarung, durch die das Recht des Teilhabers, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, grundsätzlich als gültig an, wahrt aber in jedem Falle jedem Teilhaber das unverzichtbare Recht, aus einem wichtigen Grunde trotzdem jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft zu fordern[50]. Die Vereinbarung hat dingliche Kraft[51]. So ist eine Ausgestaltung des Miteigentums möglich, bei der die Gemeinschaft zur gesamten Hand nicht als blofse Verwaltungsgemeinschaft erscheint, sondern sachenrechtlichen Stoff in sich aufnimmt. Allein so lange das Eigentum selbst ausschliefslich in die gesonderten Teilbereiche verlegt und alle Gebundenheit in die Form begrenzter dinglicher Rechte gegossen wird, liegt immer noch Miteigentum nach Bruchteilen vor. Eine derartige Konstruktion erzwingt das B.G.B. bei allen deutschrechtlichen Eigentumsgemeinschaften, die unter seiner Herrschaft begründet werden und nicht durch besondere Vorschriften dagegen geschützt sind[52]. Darum wird, falls der Gegenstand ein Grundstück ist, im Grundbuche das Eigentum den einzelnen Teilhabern nach Bruchteilen zugeschrieben, das dingliche Gesamtrecht aber als Belastung der Anteile eingetragen[53].

Dagegen liegt eine Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand vor, sobald der ungesonderte Gesamtbereich sich

---

[50] B.G.B. 749 Abs. 2—3. Die Vereinbarung des Teilungsausschlusses auf Zeit tritt im Zweifel mit dem Tode eines Teilhabers aufser Kraft; § 750.

[51] B.G.B. § 751. Sie bindet indes nicht den Gläubiger, der kraft eines Pfandrechtes an dem Anteile eines Miteigentümers nach Eintritt der Verkaufsberechtigung die Aufhebung der Gemeinschaft verlangt; § 1258 Abs. 2. Ebensowenig den Pfändungspfandgläubiger und den Konkursverwalter; § 751, Konk.O. § 14. — Handelt es sich um Miteigentum an einem Grundstücke, so hängt die dingliche Wirkung der Vereinbarung von der Eintragung ins Grundbuch ab; B.G.B. § 1010. — Dingliche Kraft des Teilungsausschlufsvertrages ist auch nach gem., preufs. u. französ. R. anzunehmen. Dagegen können nach Österr. u. Sächs. Gb. a. a. O. nicht einmal die Erben gebunden werden.

[52] Durch E.G. Art. 131 wird auch die Landesgesetzgebung, falls sie die Neuentstehung von Stockwerkseigentum zuläfst, gezwungen, dieses als Miteigentum mit dinglicher Regelung der Benutzung und Ausschlufs des Teilungsanspruches zu konstruieren; sie kann aber den Ausschlufs des Teilungsanspruches von jeder Schranke befreien und mit unbedingter Wirksamkeit auch den Gläubigern gegenüber ausstatten. Eine Umwandlung des bestehenden Stockwerkseigentums in ein derartiges Miteigentum hat in Bayern stattgefunden; Übergangsges. v. 9. Juli 1899 Art. 42, Liegenschaftsges. für die Pfalz v. 1. Juli 1898 Art. 20. Vgl. oben § 103 Anm. 26.

[53] B.G.B. § 1010. Vgl. oben Anm. 39 u. 51.

Digitized by Google

auf die Zuständigkeit des Eigentums selbst erstreckt. Dies ist nach dem B.G.B. bei drei Arten von Gemeinschaftsverhältnissen der Fall, die es zwar nicht einem Gattungsbegriff unterstellt, aber in einen Gegensatz zu dem Begriff der Gemeinschaft nach Bruchteilen stellt: bei der ehelichen Gütergemeinschaft und der ihr entstammenden fortgesetzten Gütergemeinschaft in Ansehung des Gesamtguts[54]; bei der Erbengemeinschaft in Ansehung des Nachlasses[55]; bei der Gesellschaft in Ansehung des Gesellschaftsvermögens[56] und folgeweise auch bei dem nicht rechtsfähigen Verein in Ansehung des Vereinsvermögens[57]. Dazu tritt die bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft bestehende Gemeinschaft in Ansehung des Handelsgesellschaftsvermögens[58], für die das neue H.G.B. die Zugehörigkeit zu den Gemeinschaften zur gesamten Hand durch die Verweisung auf das Gesellschaftsrecht des B.G.B. aufser Zweifel gestellt, zugleich aber ein Mehr von gesamter Hand durch seine Sondervorschriften gesichert hat[59]. Eine reichsrechtlich geregelte eigenartige Form der Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand ist ferner die Reederei geblieben[60]. Aufserdem können kraft Landesrechts ältere Eigentumsgemeinschaften zu gesamter Hand fortbestehen[61] und auf den

[54] B.G.B. § 1438, 1442 ff., 1485 ff., 1519, 1549. Hier herrschte auch bisher überwiegend, wennschon in sehr verschiedenartiger Durchführung, das Prinzip der Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand; oben Bd. I 670 Anm. 30 und 31.

[55] B.G.B. § 2032 ff. Bisher galt hier das Prinzip der gesamten Hand im preufsischen, nicht aber im gemeinen Recht; oben Bd. I 670 Anm. 30.

[56] B.G.B. § 718 ff.; R.Ger. LVI Nr. 53. Bisher erzeugte der bürgerliche Gesellschaftsvertrag nur nach preufs. Recht und einigen anderen Landesgesetzen, nicht aber nach gemeinem Recht ohne weiteres eine Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand, konnte jedoch auch nach gemeinem Recht durch besondere Abrede eine entsprechende Umbildung erfahren; oben Bd. I 672 Anm. 40—43.

[57] Durch B.G.B. § 54 wird jetzt dessen Konstruktion als eines den jeweiligen Mitgliedern zu gesamter Hand zustehenden Sondervermögens erzwungen; vgl. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl. S. 21 ff.

[58] Oben Bd. I § 80 Anm. 35—37. Dagegen ist das Vermögen der Kommanditgesellschaft auf Aktien, das dort in Anm. 38 einbezogen ist, inzwischen durch das neue H.G.B. zu einem in Anteile zerlegten Körperschaftsvermögen erhoben; Gierke, Holtzendorff-Kohler Encykl. I 961.

[59] Vgl. Gierke, Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, Arch. f. b. R. XIX 114 ff.

[60] Oben Bd. I § 80 Anm. 39; Gierke, Holtzendorff-Kohler Encykl. S. 1009 ff.

[61] In vollem Umfange wird durch E.G. Art. 164 für bestehende Real-

Digitized by Google

vorbehaltenen Rechtsgebieten auch Neubildungen abweichender Art zugelassen werden[62]. Hier überall sind die Gemeiner in ihrer Verbundenheit zur Personeneinheit das Subjekt einer ungeteilten Sachherrschaft, die regelmäfsig ein Sondervermögen als Ganzes, mit ihm aber zugleich alle ihm jeweilig zugehörigen einzelnen Vermögensgegenstände ergreift. Somit besteht hier eine gemeinschaftliche Sachherrschaft zu gesamter Hand. Sie erscheint insoweit, als sie sich auf ein Vermögensganzes richtet, als eine gesamthändige Vermögensherrschaft, die im Sinne des deutschen Rechts als gesamthändiges Eigentum an einer unkörperlichen Gesamtsache vorgestellt werden kann. An den ihr unterworfenen körperlichen Einzelsachen stellt sie sich als gesamthändiges Eigentum im technischen Sinne, an den einzelnen unkörperlichen Gegenständen als ein entsprechendes gesamthändiges Vollrecht dar.

Den Gemeinern stehen auch hier Anteile zu, die ein dem Gesamtrecht gegenüber selbständiges Sonderrecht von sachenrechtlichem Gehalt gewähren. Sie ergreifen, wenn den Gegenstand der Gemeinschaft ein Sondervermögen bildet, zunächst das Vermögen als Ganzes, mittelbar jedoch zugleich alle ihm jeweilig angehören-

---

gemeinden und ähnliche Verbände, deren Mitglieder als solche zu Nutzungen an land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken, an Mühlen, Brauhäusern oder ähnlichen Anlagen berechtigt sind, das bisherige Recht auch für den Fall aufrecht erhalten, dafs sie keine juristischen Personen sind; dann aber sind sie regelmäfsig Eigentumsgemeinschaften zur gesamten Hand; oben Bd. I 673 Anm. 45. Allgemein sichert E.G. Art. 181 Abs. 2 den Fortbestand des bisherigen Rechts, wenn das Eigentum an einer Sache Mehreren nicht nach Bruchteilen zusteht. Dies gilt z. B. für adlige Ganerbschaften und bäuerliche Gemeinderschaften; oben Bd. I 670 Anm. 34. Auch das nachbarliche gemeinschaftliche Eigentum an Scheidemauern und anderen zum Vorteil beider Grundstücke dienenden Grenzeinrichtungen, bei denen das geltende Recht allgemein den Teilungsanspruch ausschliefst (Roth, D.P.R. III § 232 Anm. 80, Dernburg, Preufs. P.R. I § 224 Anm. 1, Zachariae-Crome § 182, Kohler, Ges.Abh. S. 167 ff., Randa § 9 Anm. 59), bleibt seiner Zuständigkeit nach vom B.G.B., das in § 921 u. 922 nur die Nutzungsgemeinschaft regelt, unberührt. Es könnte daher als gemeinschaftliches Eigentum zur gesamten Hand fortbestehen. Doch fassen es mehrere A.G. als Miteigentum auf und setzen an Stelle der Unteilbarkeit die Belastung des gemeinschaftlichen Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit zugunsten der anderen Grundstücke, kraft deren die Benutzung zu den bisherigen Zwecken gesichert bleibt; Bayr. Überg.G. Art. 43, Liegenschaftsges. f. d. Pfalz Art. 21, A.G. f. Hess. Art. 189, Birkenfeld § 42, Brem. § 25, Els.-Lothr. § 76.

[62] So an hochadligen Hausgütern, Stammgütern, Lehen (Gesamtbelehnung), im Bergwerk (Gewerkschaften älterer Art), im Wasserrecht usw.

Digitized by Google

den einzelnen Gegenstände[63]. Allein in keinem Falle zerlegen sie die Sachherrschaft der Zuständigkeit nach in gesonderte Einzelbereiche. Ihrem Umfange nach können sie vorläufig unbestimmt oder quotenmäfsig nach festen oder wechselnden Bruchteilen bestimmt sein[64]. Immer jedoch sind sie innig verwoben mit der Mitträgerschaft des ungeteilten Gesamtrechts, das ihren Gegenstand in einheitlicher Weise der Gesamtheit der Teilhaber zu eigen macht[65]. Darum entspricht es ihrer Struktur, dafs sie befähigt sind, von Rechts wegen beim Wegfall anderer Anteile sich durch Anwachsung zu erweitern, ebenso aber beim Hinzutritt neuer Anteile sich durch Abwachsung zu verengern[66]. Ihrem Inhalte nach gewähren sie hinsichtlich der Substanz des gemeinschaftlichen Gegenstandes stets nur eine Anwartschaft, indem sie für den Fall der Lösung des Bandes entweder als Realanteile einen Naturalteil oder als Wertanteile eine Geldabfindung in Aussicht stellen[67]. Häufig erschöpfen sie sich in dem anwartschaftlichen Anspruch und sind somit während des Bestandes der Gemeinschaft stillgestellt[68]. Aber auch wenn sie aufserdem einen

---

[63] Oben Bd. I 678 Anm. 74. Das B.G.B. statuiert ausdrücklich neben den Anteilen am Gesellschaftsvermögen, am Gesamtgut und am Nachlafs Anteile an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen; § 719, 1442, 2033 Abs. 2.

[64] Oben Bd. I 679 Anm. 76—78. Dafs auch die Erbengemeinschaft durch die Verknüpfung mit einer Ausgleichsgemeinschaft unter gesetzlichen Miterben nach den Vorschriften des B.G.B. eine Gemeinschaft mit veränderlichen Quoten wird, zeigt Heymann, Jahrb. f. D. XLII 459 ff.; vgl. Strohal, Erbr. II 85. 93 Anm. 11 i.

[65] Auch die festen Quoten bei der Reederei, der alten Gewerkschaft. manchen Agrargemeinschaften und der regelmäfsigen Erbengemeinschaft begründen daher keine „Gemeinschaft nach Bruchteilen“ und kein „Miteigentum“ im Sinne des B.G.B. § 741 u. § 1008.

[66] Oben Bd. I 680 Anm. 83—85; B.G.B. § 738, 1490, 1491 Abs. 4, 1935, 2094; dazu über das dem Anwachsungsrecht notwendig entsprechende Abwachsungsrecht bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, der Handelsgesellschaft und dem nicht rechtsfähigen Verein Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 24 ff.

[67] Oben Bd. I 679 Anm. 5. Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts geht mangels anderer Abrede der Anspruch im Falle der Auflösung grundsätzlich auf einen Naturalteil (B.G.B. § 731 mit § 752), dagegen im Falle des Ausscheidens auf Wertabfindung in Geld (§ 738).

[68] Oben Bd. I 678 Anm. 72. Solche schlummernde Anteile sind nach dem B.G.B. nicht nur die Anteile am ehelichen Gesamtgut, sondern mangels anderer Abrede auch die Anteile am Gesellschaftsvermögen; § 721, 722. — Möglich ist aber bei der Gesellschaft auch die Wegbedingung jedes anwart-

Digitized by Google

sonderrechtlichen Anspruch auf eine entsprechende Beteiligung an den Nutzungen oder an der Verwaltung gewähren und somit schon während des Bestandes der Gemeinschaft wirksam sind[69], nehmen sie doch immer nur einen Teilinhalt der Sachherrschaft in sich auf. Ihrer Zuständigkeit nach sind sie nicht freie, sondern gebundene Vermögensrechte. Bei den strengen Formen der gesamten Hand sind sie schlechthin der Verfügung entzogen und somit unveräufserlich[70]. Bei anderen Gemeinschaftsformen kann zwar jeder Teilhaber über seinen Anteil am Vermögensganzen beschränkt oder unbeschränkt verfügen[71], die Anteile an den einzelnen Vermögensgegenständen aber sind auch hier jeder Verfügung unzugänglich[72]. Ebenso ist die Pfändung der Anteile entweder überhaupt oder, falls die Anteile am Ganzen pfändbar sind, hinsichtlich der Anteile an den einzelnen Vermögensgegenständen ausgeschlossen[73]. Bei manchen Gemeinschaftsformen sind die Anteile unvererblich oder nur beschränkt vererblich[74]. Einen Teilungsanspruch gewähren

---

schaftlichen Anspruchs für den Fall der Auflösung oder des Ausscheidens oder für beide Fälle, so dafs die Anteile überhaupt unwirksam werden; dies geschieht vielfach bei nicht rechtsfähigen Vereinen; vgl. Gierke a. a. O. S. 32 ff.

[69] Oben Bd. I 678 Anm. 73 (für die offene Handelsgesellschaft jetzt H.G.B. § 121). Bei der Erbengemeinschaft gewährt der Anteil nach B.G.B. § 2038 einen Anspruch auf einen entsprechenden Bruchteil der Früchte; doch kann die Fruchtteilung erst bei der Auseinandersetzung und nur, wenn diese auf länger als ein Jahr ausgeschlossen ist, jährliche Teilung des Reinertrages verlangt werden.

[70] Oben Bd. I 679 Anm. 80—81; B.G.B. § 719, 1442.

[71] Oben Bd. I 680 Anm. 82. Freier Verfügung, die nur durch ein dingliches Vorkaufsrecht der Miterben beschränkt ist, unterliegt nach dem B.G.B. der Anteil des Miterben am Nachlafs; § 2033 Abs. 1, § 2034 ff.

[72] So bei der Erbengemeinschaft nach B.G.B. § 2033 Abs. 2. Gleiches gilt bei der Reederei und jeder Gesellschaft mit veräufserlichen Anteilen.

[73] Vgl. C.Pr.O. § 858—860. Dafs der Anteil am Ganzen pfändbar, der Anteil an den einzelnen Gegenständen unpfändbar ist, gilt nach ausdrücklicher Vorschrift für das Gesellschaftsvermögen und nach Auflösung der Gemeinschaft für das eheliche Gesamtgut. Unpfändbar ist der Anteil am Gesamtgut während des Bestandes der Gemeinschaft. Unpfändbar sind auch die Anteile am Vermögen der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft; zum Ersatz dient H.G.B. § 135.

[74] Oben Bd. I 680 ff. Anm. 84—86. Nicht zum Nachlafs gehört nach dem B.G.B. der Anteil des erstversterbenden Ehegatten am Gesamtgut der allgemeinen Gütergemeinschaft (und im Falle vereinbarter Fortsetzung der Gütergemeinschaft auch der Fahrnisgemeinschaft) bei beerbter Ehe; vielmehr rücken die Abkömmlinge in die Gemeinschaft ein; § 1483. Ebenso wird der Anteil eines Abkömmlings am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht

Digitized by Google

die Anteile entweder überhaupt nicht[75] oder nur in Verbindung mit einem einseitigen Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft[76]. Somit deckt sich der sachenrechtliche Gehalt der Anteile niemals mit dem Eigentum. Was in Ansehung des gemeinschaftlichen Vermögens als eines Ganzen in gesonderte Einzelbereiche zerlegt ist, das ist niemals die Vermögensherrschaft als Vollrecht. Noch weniger aber läfst sich das gemeinschaftliche Eigentum an den einzelnen unbeweglichen und beweglichen Sachen nach Art des Miteigentums in Bruchteilsrechte zerfällen, deren jedes ein für sich bestehendes Sacheigentum wäre. Und ebensowenig ist auf irgend ein gemeinschaftliches Recht an einem unkörperlichen Einzelgegenstande der Begriff eines Mitrechts nach Bruchteilen anwendbar[77].

Vielmehr bleibt, was immer an Sachherrschaft zu Sonderrecht aufgeteilt sein mag, die oberste Sachherrschaft in dem ungeteilten Gesamtrecht beschlossen, dessen einheitliches Subjekt die Teilhaber in ihrer personenrechtlichen Verbundenheit sind. Den Gemeinern zu gesamter Hand steht das Gemeinschaftsvermögen im Ganzen und jedes darin enthaltene Eigentum oder sonstige Recht vorbehaltlich der zu Sonderrecht abgezweigten

vererbt; hinterläfst er Abkömmlinge, so treten diese an seine Stelle; sonst wächst der erledigte Anteil den anderen anteilsberechtigten Abkömmlingen und in Ermangelung solcher dem überlebenden Ehegatten an; § 1490. Die Anteile am Gesellschaftsvermögen sind nach der gesetzlichen Regel, wenn die Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters wegbedungen ist, unvererblich; auch jeder Anspruch des Erben auf eine Abfindung kann wegbedungen sein, wie dies bei nicht rechtsfähigen Vereinen sogar die Regel bildet; Gierke a. a. O. S. 33 ff.

[75] Oben Bd. I 681 Anm. 87; B.G.B. § 719, 1442.

[76] Oben Bd. I 681 Anm. 88. Bei der Erbengemeinschaft kann auch nach B.G.B. § 2042—2045 jeder Miterbe stets die Auseinandersetzung verlangen, soweit nicht ein Aufschub durch eine noch waltende Unbestimmtheit der Erbteile bedingt oder von einem anderen Miterben aus einem zulässigen Grunde begehrt wird; doch kann hier der Ausschlufs oder eine Beschränkung des Teilungsanspruches mit gleicher Wirkung, wie bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen (oben Anm. 50—51), nicht nur unter den Miterben vereinbart, sondern auch für den ganzen Nachlafs oder einzelne Nachlafsgegenstände vom Erblasser letztwillig angeordnet werden; eine derartige letztwillige Verfügung ist aber nur für ein Menschenalter (30 Jahre oder Eintritt eines Ereignisses in der Person eines Miterben oder Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge oder Anfall eines angeordneten Vermächtnisses) wirksam.

[77] Daher erscheinen bei dem Eigentum und anderen Rechten an Grundstücken die Anteile niemals im Grundbuch; oben § 118 Anm. 60. Die Eintragung von Bruchteilen würde das Grundbuch unrichtig machen.

Digitized by Google

Befugnisse zu. Dies aber ist echter Gemeinschaftsbereich, in dem die Personeneinheit waltet. In welcher Art und Stärke sich die kollektive Einheit der Rechts- und Willensträgerschaft nach aufsen und nach innen betätigt, das hängt von der Beschaffenheit der personenrechtlichen Gemeinschaft ab. Somit empfängt also auch die Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand ihre nähere Ausgestaltung nicht vom Sachenrecht, sondern vom Personenrecht [78]. Hier ist nur darauf hinzuweisen, wie die sozialrechtliche Umbildung des individualrechtlichen Eigentums durch familienrechtliche, erbrechtliche und gesellschaftsrechtliche Gemeinschaftsordnung nicht erfolgen könnte, wenn ihr nicht der deutschrechtliche Eigentumsbegriff entgegenkäme [79].

Zweiter Titel.

Das Grundeigentum.

§ 123. Der Gegenstand des Grundeigentums.

I. Überhaupt. Gegenstand des Grundeigentums sind die Grundstücke als körperliche Einzelsachen. Aufserdem unterliegt das Eigentum an unkörperlichen Sachen insoweit, als diese den Grundstücken gleichgestellt sind, den für das Grundeigentum geltenden Regeln [1].

II. Umfang. Das Grundeigentum ergreift das Grundstück in seiner Totalität, somit in seinem gesamten äufseren und inneren Bestande.

---

[78] Hiervon war oben Bd. I 682 ff. die Rede. Das Nähere gehört in die Lehre von den einzelnen Gemeinschaften.

[79] Auch gegenüber dem B.G.B. freilich sind schon wieder mancherlei romanisierende Versuche unternommen, behufs Durchführung des streng individualistischen Eigentumsbegriffes die gesamte Hand wegzudeuten und überall mit einem Miteigentum zu ideellen Teilen auszukommen, dessen Eigentümlichkeiten nur in Verfügungsbeschränkungen bestehen. So von Joerges in der Abhandlung über Miteigentum und gesamte Hand (oben Anm. 1). Ebenso von Nagler, Sächs. Arch. f. b. R. X 695. Am gründlichsten aber neuestens von Binder, Die Rechtsstellung des Erben, Bd. III (1905) S. 6 ff., der auf rein atomistischer Basis, die er als logisches Postulat ansieht, nicht nur bei der Erbengemeinschaft, sondern bei allen Gesamthandsverhältnissen mit jeder subjektiven wie objektiven Einheit aufzuräumen unternimmt. Versuche mit untauglichen Mitteln!

[1] So an liegenschaftlichen Gerechtigkeiten und an Bahneinheiten. Nach dem Schweiz. Entw. § 658 ist das Eigentum an den selbständigen Gerechtigkeiten „Grundeigentum“.

Digitized by Google

1. Der äufsere Bestand des Grundstückes wird durch dessen räumliche Grenzen gegen andere Grundstücke bestimmt. Innerhalb dieser Grenzen erstreckt sich das Recht des Eigentümers nicht nur auf die Oberfläche einschliefslich der Privatgewässer[2], sondern auch auf den Raum über und unter der Erde[3]. Doch schliefst das deutsche Recht die dem Bergrecht unterworfenen Bestandteile des unterirdischen Grundstückskörpers vom Grundeigentum aus[4]. Im übrigen ist die römischrechtliche Anschauung durchgedrungen, dafs das Grundeigentum nach oben und unten ins Grenzenlose reicht[5]. Auch das B.G.B. setzt in beiden Richtungen dem Eigentum als solchem keine Grenzen, entzieht ihm jedoch jenseits der Grenzen, innerhalb deren ein vernünftiges Interesse des Eigentümers an der ausschliefslichen Beherrschung des Raumes über und unter der Oberfläche besteht, den praktischen Inhalt. Denn es bestimmt, dafs der Eigentümer Einwirkungen nicht verbieten kann, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, dafs er an der Ausschliefsung kein Interesse hat[6].

---

[2] Vgl. R.Ger. XII Nr. 45, XXXV Nr. 45; Seuff. XXI Nr. 12, XXII Nr. 11, XXIII Nr. 207, XXXIII Nr. 2, XXXIV Nr. 92 u. 267. Näheres im Wasserrecht.

[3] Das B.G.B. § 905 sagt: „auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche". Allein auch eine unterirdische Höhle fällt unter das Grundeigentum; R.Ger. XXVIII Nr. 34. Ebenso unterirdisches Wasser; R.Ger. XVI Nr. 54, XXVII Nr. 81, XXXV Nr. 41; Code civ. Art. 640, A.G. z. B.G.B. f. Elsafs-Lothr. § 57, Birkenfeld § 22; Schweiz. Entw. § 669.

[4] Davon im Bergrechte. — Nicht dem Grundeigentümer gehört auch nach römischem wie nach deutschem Rechte der Schatz; vgl. unten § 132. Er ist aber eine besondere bewegliche Sache, die nach dem Untergange des einstmals an ihr begründet gewesenen Eigentums nicht Grundstücksbestandteil, sondern herrenlos geworden ist.

[5] Preufs. L.R. I, 8 § 32; Code civ. Art. 552; Österr. Gb. § 297; Sächs. Gb. § 218; Windscheid § 139 Anm. 3; Wächter, Württ. P.R. II § 37 Anm. 3–4; Roth III § 230 Anm. 21—22; Förster-Eccius § 168 Anm. 30 u. 45; Zachariae-Crome I 487; Randa I 14 ff. u. 57 ff.; E. Sehling, Die Rechtsverhältnisse an den der Verfügung des Grundeigentümers entzogenen Mineralien, Leipzig 1904, S. 22 ff. — Über Entw. I § 849 vgl. Gierke, Entw. S. 101 ff. — Anders Bündner Gb. § 185 u. Schweiz. Entw. § 669.

[6] B.G.B. § 905. Er mufs also z. B. dulden, dafs Luftschiffer, Brieftauben usw. den Luftraum durchqueren, unter Umständen auch Drähte durch ihn gespannt werden, dafs Tunnel in gehöriger Tiefe durch den Grundstückskörper gebohrt, Höhlen betreten werden usw. Vgl. Kuntze, Die Kojengenossenschaft und das Geschofseigentum, Leipzig 1888, S. 60 ff.; Jhering, Jahrb. f. D. VI 89 ff.; Dernburg, Pand. I § 198 Anm. 4; Planck zu § 905.

Digitized by Google

2. Der innere Bestand des Grundstückes als Gegenstand des Eigentums umfafst alle Beziehungen des Grundstücks, die nach der geltenden Rechtsordnung privater Willensherrschaft unterliegen. Indes hat das deutsche Recht im Laufe der geschichtlichen Entwicklung gewisse mit Grund und Boden verknüpfte Herrschaftsverhältnisse aus dem Bereiche des Grundeigentums ausgeschieden, ohne sie doch dem Bereiche des Privatrechts zu entziehen. In diesem Sinne wirkte vor allem die Ausbildung der grundherrschaftlichen Regalien[7]. So entstanden besondere Privatrechte, die eine dem Grundeigentum nebengeordnete Macht auf dem Grundstücke gewähren. Dahin gehören auch heute manche ausschliefsliche Aneignungsrechte, wie namentlich das Jagd- und Fischereirecht. Unter ihnen hat das Jagdrecht die einmal errungene Selbständigkeit auch durch die moderne Jagdgesetzgebung, die es dem Grundeigentümer als solchem zurückgegeben hat, nicht wieder eingebüfst. Vielmehr erscheint es nunmehr als ein mit dem Grundeigentum verbundenes besonderes Privatrecht[8].

III. Erstreckung auf Bestandteile und Zubehörungen.

1. Die Bestandteile des Grundstücks werden vom Grundeigentum mit umfafst; wesentliche mit Notwendigkeit, andere der Regel nach. Die rechtlich verselbständigten Bestandteile des Grundstücks dagegen fallen auch dann, wenn sie dem Grundeigentümer gehören, nicht unter das Grundeigentum[9].

2. An den Zubehörungen des Grundstücks besteht ein besonderes Eigentum, das auch in der Hand des Grundeigentümers vom Grundeigentum getrennt und somit an den beweglichen Zubehörsachen Fahrniseigentum bleibt. Allein insoweit, als sie Bestandteile des Grundvermögens als des Gegenstandes einer einheitlichen Sachherrschaft sind, werden sie vom Grundeigentum mitergriffen und teilen dessen rechtliche Schicksale[10].

---

[7] Vgl. unten § 124 S. 400 ff.

[8] Vgl. oben Bd. I 716; Näheres im Jagdrecht. — Im Sinne des B.G.B. § 96 gilt das Jagdrecht als „Bestandteil des Grundstücks", d. h. des Grundvermögens; oben § 106 S. 87—88.

[9] Vgl. oben § 103 III.

[10] Daher können sie durch Auflassung und Eintragung und im Falle der Zwangsversteigerung durch Zuschlag übereignet werden; unten § 131 Anm. 9 bis 11.

Digitized by Google

§ 124. Die Regalien und das Grundeigentum[1].

I. Geschichte. „Regalia“ oder „jura regalia“ nannte man im Mittelalter alle dem Könige zustehenden Rechte[2]. Seit dem 12. Jahrhundert wurden sie von den italienischen Juristen ohne Unterscheidung zwischen Hoheitsrechten und Privatrechten aufgezählt. In gleich bunter Mischung führt die von Friedrich I. auf dem Ronkalischen Reichstage von 1158 erlassene Konstitution als „Regalia“ alle dem Könige in Oberitalien gebührenden Rechte auf[3].

Die patrimoniale Grundrichtung der Zeit bewirkte zweierlei. Einerseits schob sie bei allen königlichen Rechten mit Einschlufs der obersten Hoheitsrechte die nutzbare Seite in den Vordergrund, so dafs der Begriff der Regalien eine vermögensrechtliche Färbung empfing[4]. Andererseits führte sie zur Verstaatlichung nutzbarer Privatrechte, so dafs auch rein vermögensrechtliche Befugnisse mehr und mehr dem Könige vorbehalten und namentlich aus dem ursprünglichen Inhalte des Grundeigentums vermögenswerte Bestandteile herausgehoben und unter die Regalien versetzt wurden[5].

Zugleich aber ergab sich hieraus die Behandlung aller Regalien als übertragbarer Gerechtsame, die auf Grund königlicher

---

[1] Jargow, Von den Regalien, Rostock 1757. Hüllmann, Geschichte des Ursprungs der Regalien in Deutschland, Frankf. a. O. 1806. Gemeiner, Beitrag zur Lehre von den Regalien, München 1842. H.A. Zachariae, Z. f. D.R. XIII 319 ff. Strauch, Über Ursprung und Natur der Regalien, Erlangen 1865. Franklin s. v. „Regalien“ in Holtzendorffs Rechtslex. III 318 ff. — Grimm, R.A. I 344 ff. Heusler, Inst. I 368 ff. — Mittermaier, D.P.R. I § 200 ff. Maurenbrecher I § 269 ff. Beseler § 92. Stobbe-Lehmann II, 1 S. 289 ff. — Zöpfl, Staatsr. II § 541 ff. G. Meyer, V.R. II 185 ff. H. Schulze, Preufs. Staatsr. II 462 ff. M. Seydel, Bayr. Staatsr. IV 254 ff. — A. Wagner, Finanzwiss. I 475, 487 ff., 501 ff., II 259 ff. W. Treeltsch, Handwörterb. der Staatswiss. VI 351 ff.

[2] Zuerst begegnet das Wort „Regalia“ als technischer Ausdruck im Wormser Konkordat v. 1122 (M.G.L. s. IV t. I p. 159 ff.) für die vom Könige den geistlichen Fürsten verliehenen Rechte.

[3] Const. „Quae sint Regalia“; M.G.L. s. IV t. I p. 244; II Feud. 56. Heerbann, öffentliche Wege, Flüsse, Häfen und Ufer, Zölle, Münze, Bufsen, erbloses und verwirktes Gut, allerlei Steuern und Abgaben, Gerichtsherrlichkeit, Silberbergwerke, Fischerei, Salinen, Königsburgen, Schatzfund.

[4] So schon in der Const. de Regalibus.

[5] Daher schon im Anfange des 13. Jahrh. die bekannte Klage Freigedanks: die fürsten twingent mit gewalt — velt, stein, wazzer und walt, — darzuo beide wilt und zam; — sie taeten luft gern alsam etc.

Digitized by Google

Verleihung von Anderen als Lehn oder Allod besessen werden mochten. In Deutschland waren nicht nur die Landesherrn, sondern auch Städte und Grundherrn längst im Besitze zahlreicher Rechte, die grundsätzlich dem Könige zugeschrieben wurden, und mit der fortschreitenden Zerbröckelung der Reichsgewalt kamen die meisten Regalien dem Könige überhaupt abhanden. Da die Verleihung durch Unvordenklichkeit ersetzt, vielfach auch der erworbene Besitz durch nachträgliche Privilegien bestätigt wurde, tat dieser Zustand dem Begriff der Regalien keinen Eintrag. Den Kurfürsten wurden durch die goldene Bulle die wichtigsten Regalien reichsgesetzlich zugesprochen.

Seit der vollen Ausbildung der Landeshoheit erfolgte mehr und mehr eine Konzentration der Regalien bei den Landesherrn[6]. Mit der Rezeption des langobardischen Lehnrechts gewann die in die libri feudorum aufgenommene Constitutio de Regalibus auch für Deutschland das Ansehen einer gemeinrechtlichen Grundlage der Regalienlehre[7]. Die Juristen benutzten nunmehr diese Lehre zur Ausbildung ihrer Theorie vom Umfange der Staatsgewalt[8]. Demgemäfs fand in dem Mafse, in dem die Machtfülle und die Bedürfnisse des werdenden modernen Staates wuchsen, eine fortwährende Steigerung und Vermehrung der Regalien statt. Spielten dabei finanzielle Zwecke die Hauptrolle, so dienten doch der Ausbau alter und die Erfindung neuer Regalien auch der

---

[6] Die Wahlkapitulationen gewährleisteten seit der von 1519 Art. 1 § 4 den Reichsständen ihre „Regalien“ (hier als engerer Begriff neben „Hoheitsrechten, Obrigkeiten, Freiheiten und Privilegien“ gebraucht). Ebenso I.P.O. Art. VIII § 1.

[7] Daher handeln die Feudisten eingehend von den Regalien und legen hierbei die einzelnen staatlichen Rechte dar. Vgl. z. B. Borcholten, Comm. in consuet. feud. Bl. 249 ff.; Schneidewin, Epitome in usus feud. P. II Nr. 94 ff.; Vultejus, De feudis I c. 5 Nr. 7 p. 88 ff.; Rosenthal, Tract. et synopsis totius jur. feud. c. 5; G. A. Struvius, Syntagma juris feud. c. 6 § 14 ff.

[8] Im Gewande einer Monographie über die Regalien erschien sogar die älteste einigermaßen vollständige Bearbeitung des positiven deutschen Staatsrechts: R. Sixtinus, Tract. de Regalibus, Cassel 1609 (vorher ohne sein Wissen 1602). Aber auch andere Einzelschriften über die Regalien bringen eine Theorie der Staatsgewalt; z. B. Pruckmann 1551 (in Opuscula politico-juridica, Frankfurt a. M. 1672); Reusner 1592; Scipio Gentilis (Op. I 334 ff.); E. Cothmann 1604; G. Obrecht 1604; Conr. et Bened. Carpzov fratrum Diss. de Regalibus, Viteb. 1618. Weitere derartige Schriften weist Pütter, Literärgesch. III 294 ff. nach.

Digitized by Google

Durchsetzung von Anforderungen des Gemeinwohls[9]. Dem Grundeigentum gegenüber wurde die Ausdehnung der Regalität einerseits durch die Theorie vom dominium eminens des Staats[10], andererseits durch die Lehre vom Rechte des Fiskus an herrenlosen Sachen[11] gefördert.

Da jedoch die Staatsrechtswissenschaft schon im 16. Jahrhundert dazu überging, als wahren Schlüssel aller staatsrechtlichen Konstruktion den von den Politikern ausgebildeten Begriff der Majestät (summa potestas, Souveränetät) zu betrachten und somit das eigentliche Wesen der Staatsgewalt in einer unmittelbar mit dem Dasein des Staats gegebenen, unveräufserlichen und unteilbaren höchsten Macht zu erblicken, führte die staatsrechtliche Verwertung der Lehre von den Regalien alsbald zur Scheidung der Regalien in zwei wesensverschiedene Gruppen. Man teilte die Regalien in die höheren und niederen Regalien, die Regalia majora oder essentialia und die Regalia minora oder accidentialia ein und rechnete zu jenen die dem Staate seinem Begriffe nach zustehenden, grundsätzlich unveräufserlichen Majestätsrechte oder Hoheitsrechte, zu diesen die vom Staate mehr zufällig erworbenen und an Privatpersonen verleihbaren nutzbaren Gerechtsame[12]. Diese Unterscheidung erhielt sich durch die Jahrhunderte und ging in das Preufsische Landrecht über[13]. Sie blieb indes unsicher und unvollkommen. Insbesondere unterstellte man dem Begriffe der nutzbaren Regalien nicht nur zugleich deren hoheitsrechtliche Bestandteile, sondern auch reine Hoheitsrechte von überwiegend finanzieller Bedeutung[14].

Die neueste Entwicklung brachte eine schärfere Sonderung. Der Begriff der Regalien wurde auf die staatlichen

---

[9] Man erfand z. B. ein Schulregal, um dem Staate die Schulaufsicht zu erobern.

[10] Vgl. oben § 120 S. 363 zu Anm 47.

[11] Vgl. oben § 102 III 2 S. 38.

[12] Die Unterscheidung findet sich bereits in allen oben Anm. 7—8 angef. Schriften. Vgl. z. B. Rosenthal a. a. O. concl. 2, Sixtinus I c. 2, C. et B. Carpzov c. 2 § 11 ff., von denen die beiden Letzgenannten ausdrücklich „Regalia majora" und „jura majestatis" identifizieren.

[13] Die „Majestätsrechte" werden II, 13 § 5—16 aufgezählt, die „niederen Regalien" II, 14 § 21—35 behandelt; in Tit. 15 u. 16 folgen die einzelnen nutzbaren Regalien.

[14] So wird im Preufs. L.R. zwar das Besteuerungsrecht als Majestätsrecht (II, 13 § 15, 14 § 2 ff.), dagegen die „Zollgerechtigkeit" (II, 15 § 88 ff.) als nutzbares Regal behandelt.

Digitized by Google

Hoheitsrechte überhaupt nicht mehr angewandt und somit auf die früher als niedere Regalien bezeichneten Rechte, insoweit nicht auch sie als Hoheitsrechte erkannt wurden, eingeschränkt. Die so verbleibenden Regalien aber unterlagen infolge ihrer Zwischenstellung zwischen öffentlichem und Privatrecht mancherlei Anfechtungen. Viele von ihnen sind aus dem geltenden Recht verschwunden. Immerhin gehören einzelne wichtige Regalien der Gegenwart an[15]. Überdies beruhen manche Erscheinungen der heutigen Grundeigentumsordnung auf der Nachwirkung aufgehobener Regalien.

II. Begriff. Regalien im Sinne des heutigen Rechts sind nutzbare Rechte, die kraft eines Satzes des öffentlichen Rechts ausschliefslich dem Staate zustehen, während ihr Inhalt an sich als privatrechtliche Befugnis gilt. Sie sind aus besonderen Gründen mit der Staatsgewalt verbunden, ohne dafs sie ihr als begriffswesentliche Bestandteile einverleibt wären. Sie beschränken das Eigentum und die Freiheit, ändern aber nichts an der Zugehörigkeit der von ihnen verstaatlichten Befugnisse zum Bereiche des Privatrechts und können daher die Quelle abgeleiteter Privatrechte von Einzelpersonen bilden[16].

Scharf sind heute die Regalien von den staatlichen Hoheitsrechten zu unterscheiden. Die Hoheitsrechte sind begriffswesentliche Bestandteile der Staatsgewalt, die der Staat schon auf Grund seines Daseins in Anspruch nimmt. Auch wenn sie in erster Linie finanzieller Natur sind oder nebenbei einen Vermögensnutzen gewähren, haben sie heute mit den Regalien nichts mehr gemein[17]. Ihr Inhalt gehört lediglich dem öffentlichen Recht an, so dafs auch abgeleitete Privatrechte aus ihnen nicht hervorgehen können. Wird irgend eine in ihnen enthaltene Befugnis noch auf Grund eines Privatrechtstitels besessen, so erblicken wir darin ein Überbleibsel der das öffentliche Recht in ein privatrechtliches Gewand kleidenden patrimonialen Berechtigungen.

Auf der anderen Seite sind die Regalien auch von den fiskalischen Rechten zu sondern. Die fiskalischen Rechte

---

[15] Das B.G.B. läßt nach E.G. Art. 73 die Landesgesetze in Ansehung der Regalien unberührt.

[16] Vgl. Preuß. L.R. II, 14 § 26 ff.

[17] Darum fällt heute das Recht der Zollerhebung so wenig wie das Besteuerungsrecht unter den Begriff des Regals. Aber auch die Erhebung von Hafengeldern, Schiffahrtsabgaben, Wege- und Brückengeldern kann nicht mehr, wie im Preuß. L.R. II, 15 § 88 ff., als Regal aufgefaßt werden.

Digitized by Google

sind gewöhnliche Privatrechte, die dem Staate auf Grund eines Privatrechtstitels zustehen. Sie gewähren dem Staate keinerlei Befugnis, die nicht auch eine Privatperson erwerben könnte. Allerdings sind bezüglich aller Fiskalsachen Privatrechtsherrschaft und staatliches Hoheitsrecht in derselben Hand vereinigt. Beiderlei Befugnisbereiche aber bleiben begrifflich getrennt. So lange nicht durch Rechtssatz den Privatpersonen der Erwerb gleicher Rechte verwehrt ist, besteht auch dann kein Regal, wenn tatsächlich Rechte bestimmter Art nur beim Fiskus vorkommen. So würde, wenn es im Gebiet eines deutschen Staats nur Staatswaldungen oder nur Staatseisenbahnen gäbe, daraus noch kein Forstregal oder Eisenbahnregal folgen.

III. Arten. Die heute noch begegnenden Regalien zerfallen in die beiden Gruppen der grundherrschaftlichen und der gewerblichen Regalien[18].

1. Die grundherrschaftlichen Regalien gewähren dem Staate das ausschliefsliche Recht auf gewisse Nutzungen, die ursprünglich im Grundeigentum enthalten waren. Diese Nutzungsbefugnisse sind bei der Sonderung der öffentlichen und der privaten Sachherrschaft weder in die Gebietshoheit aufgenommen, noch dem Privateigentum am Boden einverleibt, sondern eben als besondere Berechtigungen von privatrechtlichem Inhalt der Staatsgewalt angegliedert. Zu den grundherrschaftlichen Regalien gehören das Bergregal nebst dem Salzregal, das Jagdregal, das Fischereiregal, das Bernsteinregal und verschiedene Wasserregalien, wie das Flöfsereiregal, das Fährregal und das Mühlenregal. Gemeinrechtliche Geltung erlangte unter ihnen nur das Bergregal nebst dem Salzregal[19]. Doch waren auch die übrigen Regalien sehr verbreitet und haben noch heute mit Ausnahme des

---

[18] Einem Regal mindestens verwandt ist aufserdem das früher (insbesondere auch im Preufs. L.R. II, 16 § 8 ff.) zu den Regalien gerechnete Aneignungsrecht an herrenlosen Grundstücken geblieben, zumal es zwar nach Reichsrecht dem Fiskus zusteht (B.G.B. § 928 Abs. 2, E.G. Art. 190), nach Landesrecht aber auch einer anderen Person gewährt sein kann (E.G. Art. 129); vgl. unten § 127 I. Dagegen ist das Recht auf erblose Verlassenschaften, das gleichfalls zu den Regalien gezählt wurde (Preufs. L.R. II, 16 § 16 ff.), im Sinne des B.G.B. ein normales Erbrecht des Fiskus (§ 1936); es kann auch nach Landesrecht nur einer anderen öffentlichen Verbandsperson zustehen; E.G. Art. 138.

[19] Auch dies ist zwar bestritten, folgt aber doch schon aus Aurea Bulla c. 9. — Dafs das Mühlenregal nicht gemeinrechtlich ist, sagt die Entsch. des R.Ger. XVIII Nr. 53.

Digitized by Google

Jagdregals ein erhebliches Geltungsgebiet. Vereinzelt begegnet daneben noch ein Schatzregal. Dagegen hat es keinen Sinn, noch von einem Wegeregal, einem Forstregal oder einem Deichregal zu sprechen, da hier überall die Rechte des Staats sich in Hoheitsrechten erschöpfen[20]. Andererseits liegt auch kein Regal vor, wenn der Staat ein im Grundeigentum enthaltenes Nutzungsrecht auf fiskalischen Grundstücken als besondere Gerechtigkeit behandelt und verleiht[21].

2. Die gewerblichen Regalien gewähren dem Staat das ausschliefsliche Recht zu einer bestimmten Erwerbstätigkeit, die an sich geeignet wäre, den Gegenstand eines privaten Gewerbebetriebes zu bilden. So nach geltendem Reichsrecht das Postregal und das Telegraphenregal, nach ausländischen Rechten das Tabaksregal und das Branntweinregal, nach früherem Recht auch das Regal des Salzhandels und des Handels mit Spielkarten und mancherlei Fabrikationsmonopole. Dagegen sollte von einem Münzregal nicht mehr gesprochen werden[22]. Die gewerblichen Regalien entfalten sich nicht auf Kosten des Eigentums, sondern auf Kosten der Freiheit. Sie haben den Inhalt von ausschliefslichen Gewerbeberechtigungen und sind im Gewerberecht zu behandeln.

IV. Verhältnis zum Grundeigentum. Die grundherrschaftlichen Regalien ziehen, indem sie auf den ihnen unterworfenen Grundstücken vom Eigentum getrennte Herrschaftsrechte gewähren, dem Grundeigentum Schranken. Von den einzelnen durch die Regalien vermittelten Rechtsbildungen ist an anderer Stelle und namentlich im Bergrecht, im Jagdrecht und im Wasserrecht zu handeln. Hier ist mit einigen Worten darauf hinzuweisen, wie sich im allgemeinen die Regalien zum Grundeigentum verhalten.

---

[20] Die Regalität der „Land- und Heerstrafsen" besteht nicht mehr, seitdem die Auffassung der Zölle und Wegeabgaben als „Nutzungsrechte" von dieser „Art des Staatseigentums" (vgl. Preufs. L.R. II, 14 § 24 mit § 21, 15 § 1 ff.) weggefallen ist; oben Anm. 17. Aus demselben Grunde kann man nicht mehr allgemein von der Regalität der öffentlichen Ströme, Häfen und Meeresufer (Preufs. L.R. II, 14 § 21 u. 24, 15 § 38), sondern nur noch von der Regalität einzelner Wassernutzungen sprechen.

[21] Auf derartige Vorgänge suchte der kurhessische Fiskus ein Torfregal zu gründen, das aber vom O.A.G. Kassel verworfen wurde; vgl. B. W. Pfeiffer, Über die Regalität des Torfes, Z. f. D. R. XIII 223 ff., bes. S. 241.

[22] Vgl. oben § 107 Anm. 7.

Digitized by Google

1. Umfang. Der Bestand jedes Regals wird durch einen öffentlichen Rechtssatz, der dem Gesetzesrecht oder dem Gewohnheitsrecht angehören kann, begründet und begrenzt. Ein Regal kann auf einen Teil des Staatsgebiets beschränkt sein oder in verschiedenen Teilen des Staatsgebiets einen ungleichen Umfang haben. Dann stehen die Befugnisse, die im Bereiche des Regals dem Staate vorbehalten sind, anderswo regelmäfsig dem Grundeigentümer zu[23], können aber auch dem gemeinen Gebrauche überlassen sein[24] oder den Gegenstand besonderer Berechtigungen bilden[25]. Das Regal ergreift an sich alle in seinem Geltungsgebiet belegenen Grundstücke, die sich zu seiner Ausübung eignen. Eine Befreiung ist nur durch Rechtssatz möglich; sie kann kraft Gesetzes oder Gewohnheitsrechtes den Gütern einer bestimmten Gattung oder kraft Privilegs einem einzelnen Gute zukommen. Auf den befreiten Grundstücken stehen die regalen Befugnisse den Grundeigentümern zu.

2. Bestandteile. Im Regal lassen sich drei Bestandteile unterscheiden.

a. Regalhoheit. Das Regal schliefst staatliches Hoheitsrecht ein (Berghoheit, Jagdhoheit, Wasserhoheit usw.). Dieses Hoheitsrecht gebührt dem Staate auch ohne das Regal und überlebt daher das Regal, wenn es aufgehoben wird[26].

b. Regalherrlichkeit. Die Substanz des im Regal enthaltenen nutzbaren Rechts bezeichnet man als Herrlichkeit (Bergherrlichkeit, Jagdherrlichkeit, Fischereiherrlichkeit, Mühlenherrlichkeit usw.). Die Regalherrlichkeit steht dem Staate unveräufserlich zu. Wenn Standesherrn als Regalherrn vorkommen, so ist dies

---

[23] So erhielt sich, insoweit das Jagdregal nicht durchdrang, das Jagdrecht des Grundeigentümers, das auch dem Jagdrecht des Obereigentümers, der freien Pürsch in der gemeinen Mark und der Koppeljagd zugrunde liegt. Ebenso gehören, wo das Bergregal bestimmte ihm sonst unterworfene Fossilien nicht ergreift, diese dem Grundeigentümer; Preufs. L.R. II, 16 § 69 u. 72. Desgleichen in Pommern und Westpreufsen der im Binnenlande gefundene Bernstein, der in Ostpreufsen dem Regal unterliegt. Auch die Wassernutzung bei Privatflüssen steht, während hier und da sich Wasserregalien auf Privatflüsse erstrecken, im übrigen den Flufseigentümern zu.

[24] So die nicht regalen Wassernutzungen bei öffentlichen Gewässern; die Fischerei, soweit sich gegenüber dem Fischereiregal die gemeine Fischerei in öffentlichen Gewässern erhielt; der Tierfang hinsichtlich der dem Jagdregal entzogenen Tiere (Preufs. L.R. II, 16 § 31 u. 39).

[25] So z. B., wenn die Fischerei in öffentlichen Gewässern ein Recht der Anlieger ist.

[26] Es ist bei jeder Verleihung vorbehalten; Seuff. XLI Nr. 112.

Digitized by Google

ein Rest ehemaliger Landeshoheit[27]. Die Regalherrlichkeit ist Quelle aller aus dem Regal abgeleiteten Privatrechte. Sie bleibt beim Regalherrn zurück und äußert sich gegenüber den abgeleiteten Rechten in fortdauernder Einwirkungsmacht, in vorbehaltenen Nutzungen oder als Entgelt auferlegten Leistungen und in dem für den Fall der Erledigung eintretenden Heimfall[28].

c. Regalnutzung. Die Regalnutzung ist übertragbar. Die Übertragung kann im Wege der Verpachtung erfolgen[29]. Regelmäßig aber erfolgte sie früher in Form der Verleihung einer selbständigen Gerechtigkeit (Bergwerks-, Jagd-, Fischerei-, Flößerei-, Fähr-, Mühlengerechtigkeit usw.), wobei vielfach eine Art von Belehnung stattfand. Die Verleihung wird durch Unvordenklichkeit ersetzt[30]. Die Regalgerechtigkeit kann Personalrecht oder Realrecht sein; sie kann einer Einzelperson oder einer Verbandsperson zustehen; sie kann einer Genossenschaft zu sonderrechtlichen Anteilen der Genossen oder einer Gemeinschaft von Teilhabern zu gesamter Hand gebühren. Immer hat sie die Natur einer liegenschaftlichen Gerechtigkeit[31]. Sie gewährt das ausschließliche Recht auf die Ausübung der verliehenen Regalnutzung in einem bestimmten räumlichen Bezirk (Berg-, Jagd-, Fischereirevier usw.)[32].

3. Rechtsgehalt. Da der privatrechtliche Inhalt des Regals nicht im Eigentum am Boden beschlossen ist, können weder das Regal selbst noch die aus ihm abgeleiteten Gerechtigkeiten als dingliche Rechte an fremder Sache aufgefaßt werden. Das Regal bleibt auch hinsichtlich der eignen Grundstücke des Staats, die Regalgerechtigkeit hinsichtlich der eignen Grundstücke des Berechtigten vom Eigentum getrennt. Die regalen Nutzungsbefugnisse entstammen nicht dem Eigentum, sondern schieben es zurück; sie bestehen als besondere Berechtigungen neben dem Eigentum. Im übrigen haben diese Berechtigungen einen vielfach un-

---

[27] R.Ger. b. Seuff. XLIII Nr. 199. Vgl. über das Bergregal der Standesherrn Preuß. Bergges. § 250.

[28] Wesentlich ist nur das Heimfallsrecht.

[29] Dies ist neuerdings bei der Fischerei und der Bernsteingewinnung die Regel.

[30] R.Ger. XXII Nr. 43; Seuff. XLVIII Nr. 191. Ersitzung ist gemeinrechtlich ausgeschlossen; R.Ger. XXIII Nr. 31 S. 153. Nach Preuß. L.R. II, 14 § 35 u. Österr. Gb. § 1457 findet Ersitzung in längerem Zeitraum, wie sonst gegen den Fiskus, statt.

[31] Daher war an ihr einst Gewere und später Besitz anerkannt.

[32] Dieses Recht ist dem Fiskus wie Dritten gegenüber durch dingliche Klage geschützt; R.Ger. II Nr. 52 u. b. Seuff. XLII Nr. 33.

Digitized by Google

gleichartigen objektiven Gehalt. Das Bergregal und das Salzregal begründen nach der mindestens dem älteren Recht zugrunde liegenden Auffassung ein gesondertes Eigentum an Bestandteilen des Erdkörpers[33]. Das Jagdregal, das Fischereiregal und das Bernsteinregal geben ein ausschliefsliches Aneignungsrecht an herrenlosen Sachen[34]. Die Wasserregalien gewähren die ausschliefsliche Befugnis, das Wasser in bestimmter Weise als Tragkraft oder als Triebkraft zu benutzen[35].

V. Nachwirkung der Regalien. Die heutige Grundeigentumsordnung läfst auch insoweit, als die grundherrschaftlichen Regalien beseitigt sind, eine Nachwirkung der Regalität in doppelter Richtung erkennen.

Einerseits haben die in der Hülle eines Regals entwickelten Hoheitsrechte auch nach Abstreifung dieser Hülle manche ihnen einmal aufgeprägte Züge und damit eine besondere Kraft bewahrt. So ist vor allem, wo das Bergregal aufgehoben ist, die Berghoheit ihm in vielen Punkten ähnlich geblieben. Aber auch die Jagdhoheit, die Fischereihoheit, die Wasserhoheit, die Forsthoheit, die Wegehoheit tragen Spuren ihrer ehemaligen Verquickung mit dem Regalbegriff, der sie ihre energische Ausgestaltung verdanken.

Andererseits sind die vermöge der Regalität verselbständigten nutzbaren Rechte besondere, dem Eigentum am Boden nebengeordnete Privatrechte geblieben. Dies gilt nicht nur von den dem Grundeigentümer nach wie vor entzogenen Rechten, wie dem Bergwerkseigentum, sondern auch von dem grundsätzlich wieder mit dem Grundeigentum verbundenen Jagdrecht[36].

§ 125. Gesetzliche Beschränkungen des Grundeigentums.

I. Überhaupt. Das Grundeigentum unterliegt teils an allen, teils an gewissen Grundstücken Beschränkungen, die unmittelbar durch Rechtssatz begründet sind. Solche gesetzlichen Beschränkungen unterscheiden sich von den durch Rechtsgeschäft

---

[33] R.Ger. ḃb. Seuff. XLIII Nr. 199. Anders freilich R.Ger. C.S. XLIV Nr. 32 S. 135 („dingliche Belastung an unbeweglichen Sachen"). Näheres im Bergrecht.

[34] Vgl. unten § 132 I 1.

[35] Davon im Wasserrecht.

[36] Vgl. oben § 123 Anm. 4 u. 8.

Digitized by Google

oder einen gleichstehenden Rechtstitel begründeten Beschränkungen dadurch, dafs sie keiner besonderen Begründung für das einzelne Grundstück bedürfen. Sie sind daher auch unabhängig von der Eintragung in das Grundbuch wirksam[1].

Während im älteren deutschen Rechte sich aus der grundsätzlichen Gebundenheit des Grundeigentums eine Fülle von einzelnen Beschränkungen der Eigentumsmacht zugunsten der Familie, der Nachbarn, der Gemeinden, der Grundherrn und der öffentlichen Gewalt als Folge ergab, erscheinen heute, seitdem der umgekehrte Grundsatz der Freiheit des Grundeigentums gilt, alle gesetzlichen Beschränkungen als Ausnahmen von der Regel[2]. Allein obschon die neuere Gesetzgebung mit einer Masse ehemaliger Beschränkungen aufgeräumt hat, sind doch nicht nur manche alte Beschränkungen in Kraft geblieben, sondern auch, namentlich vom öffentlichen Rechte her, zahlreiche neue Beschränkungen hinzugetreten[3].

Ihrem Inhalte nach zerfallen die gesetzlichen Grundeigentumsbeschränkungen in zwei Gruppen, je nachdem sie sich auf die Verfügung über das Recht an der Sache oder über den Sachkörper beziehen, somit das Eigentumsrecht oder den Eigentumsinhalt mindern.

Beiderlei Beschränkungen sind heute entweder öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Art[4]. Die öffentlichrechtlichen Beschränkungen bestehen im öffentlichen Interesse; sie begründen ein hoheitliches Recht des Staates oder eines anderen

---

[1] Soweit indes Verfügungsbeschränkungen in Frage stehen, die zugunsten bestimmter Personen mit einer besonderen rechtlichen Eigenschaft des Grundstücks gesetzlich verbunden sind, muſs diese Eigenschaft aus dem Grundbuche ersichtlich sein, um die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Buches zugunsten Dritter auszuschlieſsen; oben § 119 Anm. 74.

[2] Die Vermutung spricht also für die Freiheit des Grundeigentums: B.G.B. § 903.

[3] Überdies sind gerade um der Freiheit des Grundeigentums willen durch die Verbote, gewisse Belastungen von Grundstücken rechtsgeschäftlich zu begründen, neue Beschränkungen eingeführt. Das B.G.B. schlieſst nicht nur jede von ihm nicht ausdrücklich zugelassene Art der dinglichen Belastung aus, sondern behält auch dem Landesrechte die Untersagung der Belastung von Grundstücken mit gewissen Grunddienstbarkeiten oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und mit Reallasten vor; E.G. Art. 115.

[4] Die ehemalige Vermischung von öffentlichem und privatem Recht wirkt namentlich noch bei den Regalien, zum Teil aber auch bei Belastungen der Grundstücke zugunsten von Gemeinden und Kirchenverbänden nach.

Digitized by Google

öffentlichen Verbandes, aber keinerlei Privatrecht irgend Jemandes am Grundstücke; zu einer Befreiung von ihnen im Einzelfalle ist obrigkeitliche Dispensation erforderlich und ausreichend. Die privatrechtlichen Beschränkungen bestehen zunächst im Interesse anderer Privatpersonen; ihnen entspringen mehr oder minder selbständige Privatrechte mit dem Inhalte begrenzter dinglicher Rechte am Grundstücke; über ihre Geltendmachung im Einzelfalle haben die Berechtigten und nur sie zu befinden.

II. Gesetzliche Beschränkungen des Eigentumsrechts.

1. Öffentlichrechtliche Beschränkungen. Durch Sätze des öffentlichen Rechts wird die Verfügungsmacht über das Eigentum an Grundstücken teils dem Eigentümer verkümmert, teils dem Staate beigelegt.

a. Die Verfügungsmacht des Grundeigentümers kann im öffentlichen Interesse in dreifacher Richtung geschmälert sein.

Öffentlichrechtlicher Natur sind zunächst manche Vorschriften, die die Veränderung des Grundstücksbestandes durch Teilung oder Vereinigung untersagen oder beschränken. Dahin gehören die auf Erhaltung von Grundstücken im bisherigen wirtschaftlichen Bestande abzielenden Teilungs- und Vereinigungsverbote, die von der älteren Landesgesetzgebung im gröfsten Teil Deutschlands namentlich für Bauergüter, vielfach aber auch für Rittergüter, Waldungen und andere Grundstücke erlassen wurden und zwar neuerdings meist beseitigt, in einigen Ländern aber erhalten sind. Desgleichen die neueren Gesetze, die der Grundstücksteilung durch Festsetzung eines Mindestmafses für die zu bildenden Teile Schranken ziehen oder die Zertrümmerung von Gütern mindestens formell erschweren[5].

Dem öffentlichen Rechte gehören ferner die Veräufserungsbeschränkungen an, die in den Teilungs- und Vereinigungsverboten enthalten sind, aber auch als selbständige Eigentumsbeschränkungen von den Landesgesetzen festgehalten oder eingeführt werden können[6].

---

[5] Vgl. oben § 119 Anm. 7 u. 9. Diese Beschränkungen treffen die Verfügung des Eigentümers schon dann, wenn es sich um Veränderung des Grundstücksbestandes ohne Eigentumswechsel handelt. — Keine unmittelbaren, aber starke mittelbare Teilungsbeschränkungen enthält die Preuß. Ansiedlungsgesetzgebung (bes. G. v. 10. Aug. 1904 Art. I § 13a); vgl. unten Anm. 38.

[6] E.G. Art. 119 behält den Landesgesetzen jede Art von Veräußerungsbeschränkung, insbesondere auch das Verbot der getrennten Veräußerung bisher zusammen bewirtschafteter Grundstücke vor.

Digitized by Google

Im öffentlichen Interesse endlich wurzeln die Belastungsbeschränkungen, die um der Freiheit des Grundeigentums willen gewisse Arten der Grundbelastung ausschliefsen[7] oder zur Abwehr einer gemeinschädlichen Überschuldung des Grundbesitzes eine Verschuldungsgrenze ziehen[8].

b. Einer Verfügungsmacht des Staates wird das Eigentum an Grund und Boden durch das im öffentlichen Interesse bestehende Enteignungsrecht unterworfen[9].

2. Privatrechtliche Beschränkungen. Gesetzliche Beschränkungen der Veräufserung, Teilung und Belastung von Grundstücken im privaten Interesse waren einstmals in reicher Fülle durch Familien-, Gemeinschafts-, Genossenschafts- und Herrschaftsrecht begründet und erhielten sich in abgeschwächter Gestalt kraft der gesetzlichen Näher- oder Vorkaufsrechte, in stärkerer Ausprägung bei den gebundenen Güterarten (Lehen, Hausgütern, Stammgütern, Familienfideikommissen, landwirtschaftlichen Erbgütern, Rentengütern). Ihnen entsprechen selbständige dingliche Rechte (Beispruchsrechte, Erwerbsrechte, Anwartschaftsrechte) Dritter an der Sache[10].

III. Gesetzliche Beschränkungen des Eigentumsinhaltes. Durch die Rechtssätze, die den Inhalt des Grundeigentums einschränken, wird dem Eigentümer entweder eine bestimmte Art des Sachgebrauches untersagt oder die Befugnis zur Untersagung bestimmter fremder Eingriffe entzogen oder eine Verpflichtung zu bestimmten Leistungen auferlegt. In den beiden ersten Fällen wirkt die Beschränkung wie die Belastung mit einer Dienstbarkeit, im dritten Falle wie die Belastung mit einer Reallast.

1. Öffentlichrechtliche Beschränkungen. Die im öffentlichen Interesse begründeten gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigentumsinhaltes haben sich ursprünglich meist in dem halb privatrechtlichen Gewande der Regalien Bahn gebrochen, sind aber mehr und mehr in Beschränkungen kraft staatlicher

---

[7] Über den Vorbehalt des E.G. Art. 115 vgl. oben Anm. 3. Näheres in der Lehre von den Dienstbarkeiten und den Reallasten.

[8] Durch E.G. Art. 117 wird die Landesgesetzgebung ermächtigt, die Belastung eines Grundstücks über eine bestimmte Wertgrenze hinaus zu untersagen.

[9] Vgl. unten § 128. Auch das Enteignungsrecht ist an Grundstücken bestimmter Art besonders ausgestaltet, begründet daher an ihnen eine stärkere Einschränkung des Eigentums.

[10] Davon ist teils bei den begrenzten dinglichen Rechten, teils bei den besonderen Güterarten zu handeln.

Digitized by Google

Hoheitsrechte übergegangen. Ihnen entspricht ein, soweit nicht die Regalität nachwirkt, rein öffentliches Recht des Staates oder eines anderen öffentlichen Verbandes, dem Grundeigentümer einen bestimmten Sachgebrauch zu untersagen oder das Grundstück in bestimmter Weise selbst zu benutzen oder von dem jeweiligen Grundeigentümer ein bestimmtes Tun zu verlangen. Dieses Recht ist kein aus dem Eigentum geschöpftes Recht an fremder Sache, sondern Bestandteil der das Eigentum zurückschiebenden öffentlichen Sachherrschaft; es hat jedoch den Inhalt einer Dienstbarkeit oder einer Reallast und nähert sich in vielen Fällen stark einem selbständigen öffentlichen Sachenrechte an [11]. Die einzelnen hierher gehörigen Beschränkungen beruhen zum Teil auf Reichsgesetzen, in der Hauptsache aber auf Landesrecht [12]. Hier sind sie nur in ihrer allgemeinen Bedeutung für die Begrenzung des Eigentums zu würdigen; ihre positive Ausgestaltung ist im Staats- und Verwaltungsrecht darzustellen.

a. Reichsgesetzlich geregelt sind die aus der Militärhoheit fliefsenden Grundeigentumsbeschränkungen.

Dauernden Beschränkungen unterliegt nach dem Reichsgesetze vom 21. Dez. 1871 (Reichsrayongesetz), das an Stelle ähnlicher Landesgesetze getreten ist, das Grundeigentum in der Umgebung von Festungen [13]. Diese Beschränkungen treffen alle in einem um die Festung laufenden Gürtel von bestimmter Weite belegenen Grundstücke, stufen sich aber je nach der Entfernung von den Festungswerken mehrfach ab [14]. Sie bestehen durchweg in Verboten einer Veränderung der Terrainoberfläche, entziehen also dem Grundeigentum Benutzungsbefugnisse. Doch sind nur

---

[11] Darum spricht man namentlich bei den fest auf die Grundstücke gelegten Verpflichtungen zu Dienst- oder Beitragsleistungen für einen bestimmten öffentlichen Zweck, wie bei Deich-, Wassergenossenschafts-, Wegebau-, Kirchenbau- und Gemeindewerklasten, von „öffentlichen Reallasten"; vgl. unten § 148 IV 1. In demselben Sinne kann man Benutzungsbeschränkungen (z. B. Baubeschränkungen) und Verpflichtungen zur Duldung öffentlicher Benutzung (z. B. für Truppenübungen) als „öffentliche Dienstbarkeiten" bezeichnen.

[12] Durch E.G. Art. 111 zum B.G.B., wonach die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, „welche im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken," wird dem Landesrechte hier uneingeschränkte Macht gewahrt.

[13] Vgl. E. Löning, V.R. § 112; G. Meyer, V.R. II § 235; Laband, St.R. IV 313 ff.; Zorn, St.R. I 414 ff.; John in Holtzendorffs Rechtslex. I 819 ff.; Stobbe-Lehmann II, 1 S. 321 ff.

[14] Der Regel nach zerfällt der Bezirk in drei „Rayons"; dazu können „Zwischenrayons" (strenge und einfache) und „Esplanaden" treten; R.Ges. § 2 ff.

Digitized by Google

gewisse bauliche Anlagen und Terrainveränderungen schlechthin unzulässig[15], während die übrigen einer Genehmigung der Kommandantur bedürfen, die wieder nur zum Teil frei versagbar ist[16], zum Teil dagegen bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen gewährt werden muſs[17]. Vorübergehende Veränderungen der Terrainhöhe und die Wiederherstellung in Verfall geratener bestehender Bauten und Anlagen sind gestattet, jedoch an vorgängige Anzeige gebunden[18]. Mit den Benutzungsbeschränkungen verbindet sich die Verpflichtung zur Duldung der erforderlichen Grundstücksbesichtigungen durch die Kommandantur oder die Ortsbehörde[19]. Im Falle der Armierung der Festung tritt eine Verpflichtung zu einem Tun hinzu, indem die Grundeigentümer nach erfolgter Aufforderung bauliche und sonstige Anlagen sofort niederzulegen, Materialienvorräte wegzuschaffen, Pflanzen zu beseitigen und den Gewerbebetrieb einzustellen haben[20]. Insofern durch die Unterwerfung eines Grundstücks unter eine bisher nicht bestehende Eigentumsbeschränkung eine Wertverminderung eintritt, ist dafür eine Entschädigung zu gewähren[21]. Die Entschädigung besteht

[15] So in den beiden ersten Rayons Massivkonstruktionen und eingedeckte Gewölbe, im ersten Rayon überhaupt alle Wohngebäude (auſser Wächterhütten), Denkmäler und lebendigen Hecken, im strengen Zwischenrayon alle Baulichkeiten und Hecken, auf Esplanaden alle Anlagen, die nicht zur Verteidigung dienen können, und Hecken; R.Ges. § 15 A, 16, 17 A, 19.

[16] Hierher gehören alle nicht schlechthin unzulässigen baulichen Anlagen im ersten Rayon, Massivbauten und Gewölbe im einfachen Zwischenrayon, Beerdigungsplätze und gröſsere Grabhügel und Denkmäler im zweiten Rayon; R.Ges. § 15 B, 16, 17 B.

[17] Dies gilt für Niederlagen und Stapelplätze in den beiden ersten Rayons und dem einfachen Zwischenrayon, für alle nicht massiven Bauten und für massive Dampfschornsteine im zweiten Rayon, für alle dauernd die Terrainhöhe ändernden Anlagen und für Türme (andere Gebäude sind hier freigegeben im dritten Rayon; R.Ges. § 14, 15 B, 17 B, 20.

[18] R.Ges. § 21 u. 22. — Die Reichsrayonkommission kann aus örtlichen Gründen die Eigentumsbeschränkungen ermäſsigen; § 23.

[19] R.Ges. § 34. Der Zutritt ist jederzeit zwischen 8 Uhr früh und 4 Uhr nachmittags zu gestatten.

[20] R.Ges. § 43—44.

[21] R.Ges. § 34 ff. Vorausssetzung ist, daſs die Beschränkung durch das Reichsgesetz herbeigeführt ist, nicht schon vorher begründet war; Seuff. XXXV Nr. 217. Grundlage der Berechnung ist der Zustand des Grundstücks bei Absteckung der Rayonlinien; hinsichtlich des Grundstückspreises jedoch muſs der Zeitpunkt einer vorherigen Bekanntmachung des Reichskanzlers über die in Aussicht stehende Beschränkung entscheiden; Regelsberger, Hirths Annalen 1880 S. 241 ff.; Laband IV 324 ff.; R.Ger. XXIV Nr. 5; Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XXXIX Nr. 307. Auch für Demolierungen im Armierungs-

Digitized by Google

regelmäfsig in einer Rente, an deren Stelle jedoch stets, falls die Rente unter 3 Mark jährlich betragen würde, und nach Wahl des Grundeigentümers, falls die Wertminderung ein Drittel des bisherigen Wertes erreicht, Kapital zu zahlen ist[22]. Das Recht zum Empfange der fälligen Renten oder des Kapitals steht dem jeweiligen Grundeigentümer zu[23]; doch bleiben anderen dinglich Berechtigten, deren Recht durch die Beschränkung beeinträchtigt wird, ihre Rechte an der Entschädigung gewahrt[24]. Der Entschädigungsanspruch richtet sich gegen das Reich und ist im Rechtswege verfolgbar[25].

Auch durch die Reichsgesetze über die Militärlasten[26] werden Beschränkungen des Grundeigentums begründet. Während des Friedenszustandes mufs die Benutzung von Grundstücken zu Truppenübungen, sowie die Mitbenutzung von Brunnen und Tränken und von Schmieden durch Truppen geduldet werden[27]; während des Kriegszustandes mufs die Überlassung von Grundstücken zu jeder Benutzung, die der Kriegszweck erfordert, erfolgen[28]. Dazu

---

falle wird insoweit Entschädigung geleistet, als nicht schon wegen der zugrunde liegenden Beschränkung Entschädigung gewährt war; R.Ges. § 44.

[22] R.Ges. § 36. Die Rente beträgt 6 vom Hundert der Wertminderungssumme (davon 1 vom Hundert als Tilgungsrente) und erlischt in 37 Jahren oder bei früherem Aufhören der Beschränkung; die Kapitalisierung erfolgt mit dem 16⅔ fachen Betrage. — Die Demolierungsentschädigung wird in verzinslichen Anerkenntnissen entrichtet; die Kosten sind jedoch bar zu ersetzen; R.Ges. §44; Laband IV 331.

[23] R.Ger. XXII Nr.. 5. Die Legitimation dem Fiskus gegenüber erfolgt durch die Eintragung im Rayonkataster; R.Ges. § 36 Abs. 4, R.Ger. XVII Nr. 8, E.G. zum B.G.B. Art. 54 Abs. 1.

[24] R.Ges. § 37 verwies hierfür auf Landesrecht; vgl. R.Ger. XXII Nr. 5. Jetzt gilt nach dem E.G. zum B.G.B. Art 54 mit Art. 52—53 ein reichsrechtlich geregeltes Verteilungsverfahren.

[25] R.Ges. § 41. Doch erfolgt eine vorläufige Feststellung der Entschädigung im Verwaltungswege; § 39—40. In bezug auf alle anderen Fragen ist der Rechtsweg ausgeschlossen; die Entscheidung erfolgt jedoch zum Teil in einem Verwaltungsstreitverfahren, für das die Reichsrayonkommission höchste Instanz ist.

[26] R.Ges. über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden v. 13. Febr. 1875, sowie Ges. betr. die Quartierleistung für die bewaffnete Macht während des Friedensstandes v. 25. Juni 1868; dazu R.Ges. v. 21. Juni 1887 u. v. 24. Mai 1898. R.Ges. über die Kriegsleistungen v. 13. Juni 1878. Vgl. E. Meier, Art. Einquartierungslast in Holtzendorffs Rechtslex. I 644 ff.; Seydel, Hirths Annalen 1874 S. 1038 ff., 1875 S. 1082 ff.; Laband IV 258 ff.; G. Meyer, V.R. II 147 ff.; v. Kirchenheim, Art. Militärlasten in Stengels Wörterb. I 118 ff.

[27] Naturalleist.G. § 11—14; G. Meyer II 158 ff.; Laband IV 282 ff.

[28] R.Ges. v. 13. Juni 1878 § 3 u. 14; Laband IV 296.

Digitized by Google

tritt die Belastung der Gebäude durch die Quartierlast[29] und die Beschränkung des Eigentums an Eisenbahnen durch die besonderen Verpflichtungen der Eisenbahnverwaltungen[30]. Wie bei allen Militärlasten, so gilt auch hier der Grundsatz, dafs der Eigentümer für die von ihm im Staatsinteresse gebrachten Vermögensopfer vom Reichsfiskus (in Bayern für Friedensleistungen vom Landesfiskus) entschädigt wird[31].

b. Die einschneidendsten Beschränkungen erfährt das Grundeigentum vermöge der Baupolizei[32]. In den Stadtrechten schon im Mittelalter ausgebildet[33], sind die baupolizeilichen Eigentumsbeschränkungen heute zum Teil durch die Landesgesetzgebung fest geregelt[34], vielfach aber kraft gesetzlicher Ermächtigung durch Ortsstatute und örtliche Polizeiverordnungen näher bestimmt[35]. Sie decken sich möglicherweise mit nachbarrechtlichen Baubeschränkungen, sind aber ihrerseits im öffentlichen Interesse begründet[36].

---

29 Über die Natur dieser Last als Reallast vgl. Laband IV 266, G. Meyer II 153. Auch die Befreiungen treffen gewisse Gebäude als solche; Quartierleistungsges. § 4 Abs. 2. Akzessorium der Quartierlast ist die Verpflichtung zur Gewährung der Naturalverpflegung.

30 Laband IV 279 ff., 302 ff.; G. Meyer II 158, 166 ff.

31 Vgl. Laband IV 259 Anm. 1, 261 ff., 269 ff., 273 ff., 283 ff., 283 ff., 288 ff., 294 ff., 305 ff.

32 Leuthold, Das deut. Baupolizeirecht, Hirths Ann. 1879 S. 809 ff. E. Löning, V.R. S. 451 ff.; Art. Baupolizei im Handwörterb. der Staatswiss. II 515 ff. G. Meyer, V.R. I 198 ff. — Stobbe-Lehmann S. 320, 322. — Dernburg, Preuſs. P.R. I § 218—219, B.R. III § 75 ff. — J. Biermann Privatrecht u. Polizei in Preuſsen, Berlin 1897, S. 127 ff.

33 Maurer, Geschichte der Städtev. in Deut., III 33 ff.

34 In Preuſsen bestehen nur für die landrechtlichen Gebiete einige allgemeine baupolizeiliche Rechtssätze; A.L.R. I, 8 § 67 ff. Für die ganze Monarchie aber gilt das Fluchtliniengesetz — Ges., betr. die Anlegung von Straſsen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften — v. 2. Juli 1875. In den meisten Provinzen gelten überdies besondere Gesetze über die Gründung neuer Ansiedlungen: Ges. v. 25. Aug. 1876, abgeändert und sehr verschärft durch Ges. v. 10. Aug. 1904, für die östlichen Provinzen u. Westfalen; G. v. 4. Juli 1887 f. Hannover, v. 13. Juni 1888 f. Schleswig-Holstein, v. 11. Juni 1890 f. Hessen-Nassau. — In anderen Staaten bestehen allgemeine Bauordnungen; so in Bayern v. 31. Juli 1890 (für die Pfalz v. 30. Aug. 1890, für München v. 29. Juli 1895); K. Sachsen v. 6. Juli 1863; Württemberg v. 6. Okt. 1872; Hessen v. 30. Apr. 1881; Baden v. 5. Mai 1869 mit Novellen (daneben Fluchtlinienges. v. 20. Febr. 1868 mit Abänderungen v. 26. Juni 1890). Vgl. weitere Bauordnungen b. G. Meyer § 69 Anm. 5, Fluchtliniengesetze Anm. 13.

35 Vgl. oben Bd. I 154 Anm. 52. Über den sehr streitigen Umfang des baupolizeilichen Verordnungsrechtes in Preuſsen vgl. Biermann a. a. O. S. 128 ff.

36 Bezweckt wird Sicherung des öffentlichen Verkehrs, Baufestigkeit,

Digitized by Google

Ihr Inhalt besteht bald in einem Bebauungsverbote, bald in Normen für die Ausübung des Bebauungsrechtes, bald in Vorschriften über die Erhaltung der Gebäude, bald in Einschränkungen der Benutzung bestehender Baulichkeiten. Ein unbedingtes Bebauungsverbot gilt für Grundflächen, die jenseits der in gehörigem Verfahren festgesetzten Baufluchtlinie liegen[37]. In fast ganz Preufsen ist überdies eine besondere Ansiedelungsgenehmigung erforderlich, wenn aufserhalb einer im Zusammenhange gebauten Ortschaft oder der Grenzen eines für ihre Erweiterung aufgestellten Bebauungsplanes oder des Zusammenhanges mit schon vorhandenen bewohnten Gebäuden ein Wohnhaus errichtet oder eingerichtet werden soll; in den östlichen Provinzen und Westfalen bedarf es seit dem Gesetz vom 10. August 1904 dieser Genehmigung auch zur Errichtung oder Einrichtung eines Wohnhauses innerhalb dieser Grenzen, sobald sie infolge oder zum Zweck der Umwandlung eines Landguts oder eines Teils eines solchen in mehrere ländliche Stellen erfolgen soll[38]. Die Ausübung des Bebauungsrechtes ist durch Verbote

Schutz gegen Feuersgefahr, Erfüllung der Anforderungen der Gesundheitspflege und der Reinlichkeit, Verhütung von Verunstaltungen der Strafse, Wahrung der öffentlichen Sicherheit und sonstiger öffentlicher Interessen — in Preufsen nach dem G. v. 10. Aug. 1904 § 13 b (unten Anm. 38) auch des deutschnationalen Interesses — bei Neusiedlungen, Denkmalsschutz usw.

[37] Die Baufluchtlinie kann sich mit der Strafsenfluchtlinie decken oder hinter ihr zurücktreten. — Eine Entschädigung wird für die Entziehung des Bebauungsrechts infolge gehöriger Feststellung des Bebauungsplanes oder einer neuen Baufluchtlinie nach dem Preufs. Fluchtlinienges. § 13 nur hinsichtlich bisher bebaut gewesener, sowie an einer bisher bestehenden öffentlichen Strafse gelegener bebauungsfähiger Grundstücke, nicht hinsichtlich sonstiger bisher unbebauter Flächen gewährt; R.Ger. XX Nr. 67, XXI Nr. 41, XXIII Nr. 61, XXVI Nr. 50, XXXIII Nr. 52, XXXIV Nr. 61. Dagegen begründet eine vor Veröffentlichung des Bebauungsplans erfolgte Untersagung stets einen Entschädigungsanspruch nach Preufs. A.L.R. I § 75; R.Ger. XXVII Nr. 60, XXXII Nr. 51. Über Erweiterung der Beschränkungen durch Ortsstatut vgl. Preufs. G. § 12 und 15, R.Ger. XXIII Nr. 60 u. 62, Dernburg, Preufs. P.R. I § 218 Z. 2 zu c u. e, B.R. III § 76 Z. 3.

[38] Vgl. die oben Anm. 34 angef. Gesetze. Die Ansiedlungsgenehmigung, vor deren Aushändigung die polizeiliche Bauerlaubnis nicht erteilt werden darf, mufs überall wegen Wegemangels, in Posen, Westpreufsen, Schlesien und den Regierungsbezirken Frankfurt a. O., Stettin und Köslin aber auch — von Erbteilungen abgesehen — so lange versagt werden, bis der Regierungspräsident bescheinigt hat, dafs die Ansiedlung mit den Zielen des deutschen Besiedlungswerks nicht in Widerspruch steht; sie kann auf Grund erhobenen Einspruchs versagt werden, wenn sie den Schutz der Nutzungen von Nachbargrundstücken gefährdet, nach dem Ges. v. 1904 überdies — vorbehaltlich Entschädigung — im Interesse eines Bergwerks; sie kann endlich von der Bewirkung oder Sicher-

Digitized by Google

und Gebote hinsichtlich des Umfanges der Bebauung, des Baumaterials, der Bauart, der Raumverteilung und der einzelnen baulichen Einrichtungen beschränkt; regelmäſsig ist bei allen Neubauten und erheblichen Umbauten eine vorgängige baupolizeiliche Prüfung und Genehmigung des Bauplanes und die Feststellung der ordnungsmäſsigen Herstellung durch eine Bauabnahme vorgeschrieben[39]. Zur Instandhaltung vorhandener Gebäude ist der Eigentümer mindestens insoweit verpflichtet, als dies zur Abwendung der Einsturzgefahr unerläſslich ist[40]. Das Recht der Benutzung von Gebäuden ist durch das Verbot gewisser Verwendungsarten und zum Teil auch durch das Gebot bestimmter Vorkehrungen beschränkt[41].

---

stellung solcher Leistungen abhängig gemacht werden, die infolge der Ansiedlung durch Änderung der Gemeinde-, Kirchen- oder Schulverhältnisse oder für die durch das öffentliche Interesse gebotenen Anlagen erforderlich werden. — Auſserhalb Preuſsens ist eine vorgängige Ansiedlungsgenehmigung nicht erforderlich, jedoch die Untersagung aus feuer- und sicherheitspolizeilichen Gründen zulässig, vgl. Württ. Bau-O. Art. 32, Hess. Art. 38, Braunschw. G. v. 8. Sept. 1876.

[39] Vor der Bauabnahme darf das Gebäude nicht in Gebrauch genommen werden. — Das Erfordernis der Baugenehmigung und Bauabnahme gilt fast in ganz Deutschland; eine Ausnahme bilden z. B. Hamburg, wo nur eine Bauanzeige, und Elsaſs-Lothringen und die Bayr. Pfalz, wo regelmäſsig nicht einmal eine Anzeige erforderlich ist. — Über den Umfang der in Preuſsen zulässigen Einschränkungen vgl. Biermann a. a. O. S. 128 ff.

[40] Er kann zur Wiederherstellung oder Abtragung gezwungen werden; G. Meyer I 203. Manche Gesetze gehen aber weiter und legen dem Eigentümer eine unbedingte Verpflichtung zur Erhaltung und Wiederherstellung der an öffentlichen Straſsen oder Plätzen gelegenen Gebäude unter Androhung der Eigentumsverwirkung auf. So Wormser Ref. V 4 t. 4, bes. aber Preuſs. L.R. I. 8 § 37 ff. (Herstellungszwang, nötigenfalls Zwangsversteigerung, in Ermangelung eines Erfolges Übereignung an die Gemeinde, schlimmstenfalls Abtragung). Nach Preuſs. L.R. I, 8 § 35 bedarf auch die Abtragung obrigkeitlicher Genehmigung. Vgl. Dernburg I § 219, B.R. III § 77; Biermann S. 165. — Dazu kommen die besonderen Vorschriften zum Schutze der geschichtlich oder künstlerisch wertvollen Bauten und Denkmäler; vgl. Hess. G. v. v. 16. Juli 1902: sie dürfen ohne Genehmigung nicht beseitigt oder durch Veränderung der Umgebung verdeckt oder verunstaltet werden, wenn entweder das Verfügungsrecht einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zusteht (Art. 1—2) oder auf Grund eines geordneten Verfahrens die Eintragung in die Denkmalsliste erfolgt ist (Art. 9—11); einen Entschädigungsanspruch wegen des durch Versagung der Genehmigung entstehenden Vermögensnachteils haben Privatpersonen (Art. 14), in einem besonderen Fall auch Kirchen (Art. 18). — Ferner die Vorschriften zum Schutze von Naturschönheiten; vgl. Preuſs. G. v. 2. Juni 1902, Hess. G. Art. 33—35 („Naturdenkmäler“).

[41] Hierher gehören Vorschriften über Beleuchtungszwang, Anschluſs an

Digitized by Google

c. Mit den baupolizeilichen Beschränkungen berühren sich die kraft der **Gewerbepolizei** für gewerbliche Anlagen bestehenden Beschränkungen, die in der Hauptsache reichsgesetzlich geregelt sind [42].

d. Das Reich hat ferner kraft seiner **Telegraphenhoheit** dem Grundeigentum gesetzliche Beschränkungen zugunsten der Reichs- und Landestelegraphenverwaltung, sowie der Militär- und Marineverwaltung hinsichtlich der für ihre Zwecke hergestellten Telegraphenlinien auferlegt. Die Eigentümer von Verkehrswegen, zu denen öffentliche Wege, Plätze und Brücken, öffentliche Gewässer und deren dem öffentlichen Gebrauch dienende Ufer gerechnet werden, müssen deren Benutzung für die Anlage und den Betrieb von Telegraphenlinien insoweit dulden, als dadurch nicht der Gemeingebrauch dauernd beschränkt wird. Jeder Grundeigentümer mufs sich die Durchführung der Leitungen durch seinen Luftraum, insoweit dadurch die Grundstücksbenutzung nicht wesentlich beeinträchtigt wird, und das Betreten seines Grundstücks und seiner Baulichkeiten nebst ihren Dächern behufs Vornahme der erforderlichen Arbeiten gefallen lassen. Die Telegraphenverwaltungen haben das Benutzungsrecht nach Mafsgabe einer Reihe spezieller Vorschriften schonlich auszuüben und für entstehende Schäden Ersatz zu leisten [43].

e. Beschränkungen des landwirtschaftlichen Grundeigentums werden durch die **Landeskulturpolizei** begründet. War

---

die öffentliche Wasserleitung, Aborte, Reinigung, Einrichtung der Öfen, Vermeidung feuergefährlicher Benutzung, Anbringung von Hausnummern, auch, soweit sie schon bestehen, über Wohnungsraum usw.; verschärfte Vorschriften für Theater, öffentliche Versammlungsräume usw. Vgl. **Biermann** S. 165 ff.

[42] R.Gew.O. § 16—29, 51—52; daneben Landes- und Ortsrecht. Die Errichtung vieler Arten von gewerblichen Anlagen ist genehmigungsbedürftig: die Errichtung einer mit ungewöhnlichem Geräusch verbundenen Anlage mufs angezeigt und kann unter Umständen untersagt werden; die fernere Benutzung jeder (auch genehmigten) gewerblichen Anlage kann wegen überwiegender Nachteile für das Gemeinwohl untersagt werden, dies jedoch nur unter Gewährung von Entschädigung. E. **Löning**, V.R. § 119; G. **Meyer**, V.R. I § 125; **Zeller** in Stengels Wörterb. I 597 ff.; **Rommel** im Handwörterb. der Staatswiss. IV 574 ff.; **Biermann** a. a. O. S. 36 ff.

[43] Telegraphenwegegesetz v. 18. Dez. 1899. — Die Ersatzansprüche verjähren in zwei Jahren; wegen gewisser Ersatzansprüche aus Benutzung der Verkehrswege findet eine vorläufige Festsetzung der Entschädigung durch die Verwaltungsbehörde mit Vorbehalt des Rechtsweges statt; im übrigen steht der Rechtsweg sofort offen; § 13.

Digitized by Google

ehemals durch den genossenschaftlichen Flurzwang und die grundherrliche Verfassung die Bewirtschaftung der ländlichen Grundstücke auf das Engste gebunden, so griff später die landesherrliche Gesetzgebung tief in die Freiheit des Eigentums ein, indem sie im Interesse der Landeskultur nicht nur eine Fülle einzelner Gebote und Verbote erliefs, sondern geradezu eine positive Verpflichtung zum ordentlichen Wirtschaftsbetriebe begründete[44]. Heute ist grundsätzlich die Bewirtschaftung des Landes freigegeben. In einzelnen Beziehungen aber wird auch heute durch das Verbot gemeinschädlicher Benutzungsarten, durch die Gestattung behördlicher Eingriffe und durch die Auferlegung einer Verpflichtung zu bestimmten vom Gemeinwohl geforderten Handlungen die Benutzung des landwirtschaftlichen Eigentums eingeschränkt[45]. Das Eigentum an Weinbergen ist reichsgesetzlich den zur Bekämpfung der Reblaus erforderlichen tiefgreifenden Beschränkungen unterworfen[46].

f. Besonderen Beschränkungen unterliegt kraft der Forsthoheit das Eigentum an Waldungen[47].

g. In umfassender Weise wird durch die Berghoheit, mag

---

[44] Nach Preuſs. L.R. II, 7 § 8—9 ist „jeder Landmann schuldig, die Kultur seines Grundstückes auch zur Unterstützung der gemeinen Notdurft zu betreiben", und kann dazu durch Zwangsmittel genötigt und bei beharrlicher Vernachlässigung angehalten werden, sein Grundstück einem Anderen zu überlassen. Beseitigt durch Ed. v. 14. Sept. 1811. — In Württemberg bestand bis zum Jahre 1887 ein obrigkeitliches Recht, Kulturveränderungen zu verbieten.

[45] Dahin gehören Einschränkungen des Rechtes der Tierhaltung, Einschränkungen des Weiderechts, Verpflichtung zur Einfriedigung von Grundstücken, Verpflichtung zu Maſsnahmen wider schädliche Insekten und andere gefährliche Tiere usw. Vgl. Preuſs. Feld- u. Forstpolizeiges. v. 1. Apr. 1880 § 11, 13, 32, 34 u. 36; Stobbe-Lehmann S. 320 Anm. 1; E. Löning, V.R. § 92; Biermann a. a. O. S. 171 ff. u. 173 ff. — Nach dem Bad. Ges. v. 17. Apr. 1884 können kleinere Grundbesitzer einer Gemeinde zur Einrichtung gemeiner Schafweide gezwungen werden.

[46] R.Ges. v. 6. Juli 1904 (an Stelle des R.Ges. v. 3. Juli 1883). Der Eigentümer muſs den Zutritt von Beamten, die Entwurzelung einzelner Rebstöcke behufs ihrer Untersuchung und die Vernichtung verseuchter oder verdächtiger Pflanzungen nebst Zubehör dulden; er muſs alle als gefährlich verbotenen Nutzungshandlungen unterlassen; es kann die Benutzung bestimmter Grundstücke zur Rebenkultur und der Verkehr mit Reben untersagt oder beschränkt werden. Dazu kommen Anzeigepflichten usw. Für die Vernichtung von Vermögenswert ist Entschädigung aus Staatsmitteln zu gewähren.

[47] Hiervon im Forstrecht.

Digitized by Google

nun mit ihr noch ein Bergregal verbunden sein oder nicht, sowohl das Grundeigentum wie das Bergwerkseigentum eingeschränkt[48].

h. Eine Fülle von Eigentumsbeschränkungen fliefst aus der Wasserhoheit. Sie treffen nicht nur das Eigentum an den Gewässern selbst, das auch insoweit, als es nicht durch fortbestehende Regale oder an öffentlichen Gewässern durch das Recht des Gemeingebrauchs entleert wird, besonderen Einschränkungen unterliegt, sondern ergreifen auch das Eigentum an den Ufergrundstücken und darüber hinaus an allen durch Wassergemeinschaft verbundenen Grundstücken[49].

i. Ebenso führt die Wegehoheit neben den Einschränkungen des Eigentums an öffentlichen Wegen öffentlichrechtliche Belastungen privater Grundstücke herbei[50].

k. Schliefslich ist, soweit ein notwendiges öffentliches Interesse durchgreift, das Grundeigentum auch solchen Einschränkungen unterworfen, die nicht besonders vorgesehen sind. Darum rechtfertigt ein Notstand auch gesetzlich nicht im voraus zugelassene polizeiliche Eingriffe in das Eigentum, wenn eine unmittelbar bevorstehende Gefahr anders nicht abgewandt werden kann[51]. Auch ist jeder Eigentümer verpflichtet, sein Grundstück in solchem Zustande zu erhalten oder auch in solchen Zustand zu setzen, wie er für ein geordnetes menschliches Zusammenleben notwendig ist[52].

---

[48] Hiervon im Bergrecht.

[49] Hiervon im Wasserrechte. — Eine öffentlichrechtliche Belastung der Ufergrundstücke ist namentlich die Verpflichtung zur Duldung des Leinpfades: E. Löning, V.R. § 156; Stobbe-Lehmann S. 338; Dernburg, Preufs. P.R. I § 256; O. Mayer in Stengels Wörterb. II 45 ff.; Seuff. LII Nr. 90. Öffentlichrechtliche Belastungen aller durch gemeinsame Wassergefahr bedrohten oder an einer Verbesserung der Wasserverhältnisse interessierten Grundstücke begründet der Zwang zur Beteiligung an Deichverbänden und öffentlichen Wassergenossenschaften.

[50] Dahin gehört die Wegebaulast; vgl. unten § 146 I. Ferner die Verpflichtung der Grundeigentümer, die vorübergehende Benutzung ihrer Grundstücke bei der Anlage öffentlicher Wege, bei der Landesvermessung, bei der Bekämpfung der Feuersgefahr oder sonstiger gemeiner Gefahr zu dulden. Reichsrechtlich darf die Post im Notfalle „sich der Neben- und Feldwege, sowie der ungehegten Wiesen und Äcker bedienen, unbeschadet jedoch des Rechtes der Eigentümer auf Schadenersatz“; Reichspostges. v. 28. Okt. 1871 § 17. Vgl. Stobbe-Lehmann II § 101 Z. 4.

[51] Biermann a. a. O. S. 125 ff.; Entsch. des Preufs. O.V.Ger. XII 397 ff., XXIV 395 ff., auch VII 361 u. XVI 330. — Der Eigentümer hat aber Anspruch auf Schadenersatz; Biermann a. a. O. S. 186 ff.

[52] Entsch. des Preufs. O.V.G. VII 351, VIII 330, X 180, XII 310, XIII 326.

Digitized by Google

2. Privatrechtliche Beschränkungen. Gesetzliche Beschränkungen des Eigentumsinhaltes im Privatinteresse sind in Verbindung mit den Beschränkungen der rechtlichen Verfügungsmacht bei manchen gebundenen Güterarten begründet[53]. Für alles Grundeigentum gelten die allgemeinen Eigentumsbeschränkungen, unter denen das Verbot der Rechtsausübung zur Schikane und die Gestattung fremder Eingriffe behufs Nothülfe hier eine besondere Bedeutung gewinnen[54]. Darüber hinaus ist dem Grundeigentümer die Verpflichtung auferlegt, dem Eigentümer oder Besitzer einer Sache, die auf das Grundstück gelangt ist, deren Aufsuchung und Wegschaffung zu gestatten[55]. Vor allem aber gehören hierher die besonderen gesetzlichen Beschränkungen kraft Nachbarrechts, von denen nunmehr zu handeln ist.

§ 126. Das Nachbarrecht[1].

I. Überhaupt. Das Nachbarrecht legt den Grundstücken gesetzliche Belastungen zugunsten benachbarter Grundstücke auf.

XVIII 414. Übereinstimmend hinsichtlich der Erhaltungspflicht, während es die Umgestaltungspflicht dahingestellt sein läfst, R.Ger. XXXVII Nr. 88 (bes. S. 335); vgl. auch LII Nr. 98. Der Polizei gegenüber kommt hierbei nichts darauf an, ob die unzulässige Beschaffenheit durch den Eigentümer selbst oder durch einen Dritten oder durch Zufall herbeigeführt ist; O.V.G. VII 352. Anders im Verhältnis von Privaten zueinander, R.Ger. XXXVII 336. — Vgl. Stier-Somlo, Die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums im polizeigemäfsen Zustande, Berlin 1898.

[53] So bei Lehen und Familienfideikommissen die Verpflichtung zur Erhaltung des Gutes in ordentlichem Zustande, bei Rentengütern möglicherweise sogar die Verpflichtung zur persönlichen Bewirtschaftung.

[54] Vgl. oben § 120 Anm. 54 u. 56. So namentlich im Falle des Betretens von Grundstücken durch Unbefugte; vgl. auch oben Bd. I 343 Anm. 42—43. — Im Sinne des B.G.B. ist auch die oben § 123 S. 394 angef. Vorschrift des § 905 eine Eigentumsbeschränkung.

[55] B.G.B. § 867 u. 1005, oben § 116 Anm. 37 (verpflichtet ist der Besitzer des Grundstücks, seine Verpflichtung ist aber offenbar Ausflufs einer Eigentumsschranke). Ein Recht, ohne weiteres das Grundstück zu betreten, ist im B.G.B. nicht anerkannt. Partikularrechte geben es in gewissen Fällen; vgl. Preufs. L.R. I, 9 § 122, 178, 293, Stobbe-Lehmann § 101 Anm. 17, Roth III § 240 Anm. 6. Vielfach aber wird ein Betretungsrecht, um z. B. einen vom Winde entführten Hut oder ein entlaufenes Tier zurückzuerlangen, nach B.G.B. § 904 kraft Nothülfe begründet sein.

[1] Hesse, Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, 2. Aufl. 1880. Schelhafs, Das Nachbarrecht, 1863. Bekker, Jahrb. des gem. R. V 147 ff. Werenberg, Jahrb. f. D. VI 1 ff. Jhering, ebenda VI 81 ff. u.

Digitized by Google

Diese Belastungen haben meist den Inhalt von Grunddienstbarkeiten, vermöge deren der Eigentümer entweder eine bestimmte Benutzung des Grundstückes unterlassen oder die Einwirkung eines Anderen auf das Grundstück dulden mufs, werden daher auch ungenau als „Legalservituten“ bezeichnet[2]. Manche von ihnen verpflichten aber auch nach Art von Reallasten zu einem Tun. Das entsprechende Recht steht dem jeweiligen Eigentümer des Nachbargrundstücks zu und bildet für ihn einen Bestandteil seines Grundeigentums[3]. Die Beschränkungen kraft Nachbarrechts unterscheiden sich daher von anderen gesetzlichen Grundeigentumsbeschränkungen dadurch, dafs sie den Inhalt des Grundeigentums nicht an sich mindern, sondern nachbarlich verteilen; sie verlegen den Eigentumsinhalt unter dem Gesichtpunkte einer nachbarrechtlichen Gemeinschaft teilweise in die nachbarlichen Herrschaftsbereiche und sind somit in demselben Umfange, in dem sie das Grundeigentum des Einen einschränken, zugleich Erweiterungen

---

XXIII 280 ff. Hoffmann, Arch. f. prakt. R.W., N. F. I 241 ff. W. Müller, Deutsches Bau- und Nachbarrecht, Berlin 1903. — Windscheid, Pand. I § 169. Brinz (2. Aufl.) I § 132 ff. Dernburg I § 199 ff. — Beseler, D.P.R. § 91. Stobbe-Lehmann II 1 § 101 ff. Roth III § 238 ff. Gerber-Cosack § 78 ff. Platner, Sachenrecht § 10 ff. — Lehrb. des bürg. R. von Endemann § 72 ff., Cosack § 210, Lehmann § 47 ff., Dernburg III § 80 ff., Landsberg § 175; Komm. zu B.G.B. § 906—924 von Planck, Biermann, Kober u. A. — Roth, Bayr. C.R. II § 121, 125 ff. Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht, 1901. Oertmann, Bayr. Landesprivatrecht S. 329 ff. — Haidler, Landwirtschaftliches Nachbarrecht in Württemberg, 1893. — Dernburg, Preufs. P.R. I § 220 ff. Förster-Eccius § 170 ff. — Unger, Z. f. d. P. u. ö R. d. G. XIII 715 ff. Randa, Eigentum I § 104 ff. — Zachariae-Crome I § 172 ff. — Erdmann a. a. O. II 62 ff. — Huber a. a. O. III 271 ff.; Theiler, Das Nachbarrecht des Kantons Schwyz, Schwyz 1896; C. Moser, Das St.-gallische Nachbarrecht, Altstätten 1898. Schweiz. Entw. § 684 ff.

[2] Eine Dienstbarkeit liegt in Wahrheit nicht vor, weil das der Last entsprechende Recht kein selbständiges dingliches Recht, sondern Eigentumsbestandteil ist. Dies gilt auch für die Fälle, in denen Bekker a. a. O. S. 203 u. Roth, D.P.R. III § 234 Anm. 9, eine Legalservitut annehmen, weil das Recht durch eine besondere Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks bedingt ist. — Manche Gesetzbücher gehen jedoch vom Begriff der Legalservitut aus; so Code civ. Art. 639 und die b. Huber III 274 angef. Schweiz. Gb. — Das B.G.B. schliefst die Konstruktion im Sinne einer Legalservitut völlig aus. Unrichtig M. Wolff, Bau auf fremdem Boden S. 132 ff.

[3] Die Geltendmachung erfolgt mit dinglicher Klage; R.Ger. II Nr. 60, XL Nr. 91. Zur Geltendmachung ist auch der Besitzer insoweit befugt, als ihm die Ausübung der Rechte des Eigentümers zusteht; Dernburg, Preufs. P.R. I 530.

Digitized by Google

des Grundeigentums des Anderen. Da das Nachbarrecht reines Privatrecht ist, kann der Berechtigte auf die Geltendmachung seines Rechtes verzichten. Eine dingliche Befreiung des belasteten Grundstücks erfolgt aber nur durch den Erwerb einer die Beschränkung beseitigenden besonderen Grundgerechtigkeit[4], somit durch dinglichen Vertrag[5] oder durch Ersitzung[6]. Ist die durch das Nachbarrecht verbotene Eigentumsausübung zugleich im öffentlichen Interesse beschränkt, so bleibt von einer obrigkeitlichen Gestattung das Recht des Nachbarn an sich unberührt[7].

II. Einzelne nachbarrechtliche Beschränkungen. Die in Deutschland bestehenden nachbarrechtlichen Beschränkungen, die nur zum kleinsten Teile dem römischen, überwiegend dem deutschen Rechte entstammen, sind durch Landes- und Ortsrecht mannigfach ungleich ausgebildet. Das B.G.B. regelt eine Anzahl von ihnen, behält aber dem Landesrechte die Festsetzung noch anderer nachbarrechtlicher Beschränkungen vor[8]. Soweit es an

[4] Nürnb. Ref. XXVI, 3, 1; Preuſs. L.R. I, 8 § 191; Seuff. II Nr. 139, XXIII Nr. 202; Mittermaier § 167 II; Lang § 86 Anm. 14; Beseler § 91 Anm. 1; Roth, D.P.R. § 234 Anm. 8; Huber III 275; B.G.B. § 1018. — Vom Standpunkte der Legalservitut aus bedarf es einer Gegenservitut; Eichhorn, D.P.R. § 183.

[5] Gemeinrechtlich genügt formlose und selbst stillschweigende Vereinbarung. Ebenso nach Preuſs. L.R. I, 22 § 43 ff. Auch ist nach dem Preuſs. Ges. v. 5. Mai 1872 § 12 Abs. 2 Eintragung ins Grundbuch zur Wirksamkeit gegen Rechtsnachfolger nicht erforderlich. Wo es dagegen zur Begründung einer Grundgerechtigkeit oder zu ihrer Wirksamkeit gegen Dritte einer Form bedarf, ist diese auch hier unerläſslich; Seuff. XXXIII Nr. 202. Nach dem B.G.B. ist also Grundbucheintrag notwendig. Ausnahmsweise erlöschen manche landesgesetzliche Nachbarrechte durch einfachen Verzicht; Bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 77, Elsaſs-Lothr. Art. 72, Weimar. § 116. Andere durch Nichtausübung; vgl. unten Anm. 101.

[6] Vgl. Seuff. II Nr. 139; R.Ger. XX Nr. 78, XXXI Nr. 76; Preuſs. L.R. I, 22 § 50; Gruchot, Beitr. VII 379; Dernburg I 530; Zachariae-Crome § 175 Anm. 3 u. 179 Anm. 12 b. — Für den Bereich des B.G.B. fällt die Ersitzung weg; dagegen ist die Verjährung der einzelnen aus dem Nachbarrecht flieſsenden Ansprüche an sich möglich, wird aber für die wichtigsten durch § 924 ausgeschlossen. Ebenso ist bei manchen landesgesetzlichen Nachbarrechten die Verjährung ausgeschlossen; Bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 78, Bad. Art. 23, Hess. Art. 84, Weimar. § 116, Kob.-Goth. Art. 24 § 8, Elsaſs-Lothr. § 72. Gewisse Ansprüche verjähren nach Bayr. A.G. Art. 78 und Württ. Art. 248 in 5 Jahren.

[7] Doch gelten gesetzliche Ausnahmen; vgl. unten Anm. 14—16.

[8] E.G. Art. 124. Dagegen kann das Landesgesetz die im B.G.B. geregelten Beschränkungen nicht verschärfen. — Manche A.G. z. B.G.B. kodifizieren das landesgesetzliche Nachbarrecht. So am ausführlichsten Württ.

Digitized by Google

einem positiven Satze des Gesetzes- oder Gewohnheitsrechtes fehlt. greift die Vermutung für die Freiheit des Eigentums durch, so dafs der Eigentümer das Grundstück zum eignen Vorteil beliebig benutzen darf, wenn auch der Nachbar dadurch Schaden leidet[9].

1. Die wichtigste nachbarrechtliche Beschränkung besteht in der Verpflichtung des Grundeigentümers, in gewissem Umfange die von einem anderen Grundstücke ausgehenden sog. Immissionen zu dulden. Unter Immission versteht man die mittelbare körperliche Einwirkung auf ein fremdes Grundstück durch Zuführung von Stoffen oder Bewegungen, wie sie namentlich bei den durch die Luft oder das Wasser fortgetragenen Stoffen (z. B. Gasen, Dämpfen. Rauch, Rufs, Funken, Gerüchen) und bei den sich wellenförmig fortpflanzenden Bewegungen (z. B. Wärme, Geräusch, Erderschütterungen, Licht, Elektrizität) stattfindet. Als benachbart erscheinen dabei nicht nur die angrenzenden, sondern alle auch entfernteren Grundstücke, die von der Immission erreicht werden.

An sich kann der Eigentümer derartige Einwirkungen auf sein Grundstück verbieten, da das Grundeigentum keinerlei Befugnis zu einer Benutzung verleiht, die über seine räumlichen Grenzen hinüberwirkt und somit eine Mitbenutzung von fremden Grundstücken bedingt[10]. Der Eigentümer kann daher mit der

Art. 217—274 (statt Bauordnung v. 6. Okt. 1872 Abschn. IV u. Ges. über das landwirtschaftliche Nachbarrecht v. 15. Juni 1893). Ferner Bayr. Art. 62—80. Bad. Art. 13—14, Hess. Art. 82—87, Weimar. § 109—117, Koburg-Gotha. Art. 24, Altenb. § 70—74, Meining. Art. 15, Anhalt. § 70—74, Rudolst. Art. 66 bis 70, Sondersh. Art. 31, Elsafs-Lothr. § 60—72. Das bisherige Nachbarrecht ist hier meist beseitigt. Vgl. Hess. Art. 286, Weimar. § 117, Rudolst. Art. 73, Sondersh. Art. 31 § 8. Nach Meining. A.G. Art. 15 § 3 erst von Ende 1909 an. In Altenburg nach A.G. § 74 mit Vorbehalt von ortsstatutarischem Nachbarrecht. Nach Reufs ä. L. § 99 nur das gemeine Recht. Zum Teil bleiben Besonderheiten nach Ortsstatut (Württ. Art. 224, 238, 239, Koburg-Gotha Art. 24 § 7, Reufs ä. L. § 99) oder Ortsgebrauch (Birkenfeld § 28, Elsafs-Lothr. § 28) anerkannt. — In Preufsen bleiben die nachbarrechtlichen Bestimmungen des Preufs. L.R., des gem. R. und gröfstenteils auch des Code civ., in Sachsen die des Sächs. Gb., sonst die des gemeinen R. insoweit, als sie nicht durch das B.G.B. aufgehoben sind, in Kraft.

[9] Z. B. durch Entziehung von Quellwasser, Verbauung von Aussicht und Licht, Erschwerung der Wirtschaft; R.Ger. XII Nr. 45, XVI Nr. 57, XXVII Nr. 81, XXXV Nr. 41, XXXVI Nr. 45; Seuff. XXXIX Nr. 90, LI Nr. 7, LII Nr. 6; Sächs. Gb. § 352—353. Nur eine Benutzung, die lediglich den Zweck haben kann, dem Nachbarn Schaden zuzufügen, ist kraft des gerade für die nachbarlichen Verhältnisse bedeutsamen Schikaneverbots unzulässig.

[10] Es ist daher unrichtig, wenn nicht selten das Verbot der Immissionen als Eigentumsbeschränkung aufgefafst wird. So z. B. vom R.Ger. XI Nr. 79,

Digitized by Google

Negatorienklage die Beseitigung der Störung durchsetzen und für den Fall, dafs fernere Störungen zu besorgen sind, ein richterliches Gebot der Unterlassung erzielen [11].

Allein sein Verbietungsrecht hat notwendig bestimmte Grenzen. Die Ausschliefslichkeit des Eigentums scheitert an dem natürlichen Zusammenhange der Grundstücke und an den Bedürfnissen der menschlichen Gemeinschaft. Darum mufs nach festem Gewohnheitsrechte, das vom B.G.B. zu Gesetzesrecht erhoben ist, der Grundeigentümer solche von einem anderen Grundstücke ausgehenden Einwirkungen dulden, die entweder unerheblich sind oder durch eine nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken solcher Lage gewöhnliche Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt werden [12]. Diese Duldungspflicht erstreckt sich indes immer

---

Dernburg, Pand. I § 199 Anm. 7, Preufs. P.R. I § 220 Z. 4. Das B.G.B. legt nach der Fassung des § 906 die richtige Auffassung zugrunde.

[11] Vgl. für das gemeine Recht Hesse a. a. O. S. 54 ff., Werenberg a. a. O. S. 51 ff., Jhering, Jahrb. f. D. VI 121 ff., Windscheid § 169 Anm. 7 u. 20, Roth, D.P.R. § 230 Anm. 53—63 u. 72—74, Stobbe-Lehmann § 102 Anm. 40—41; Seuff. III Nr. 7, VIII Nr. 346, XI Nr. 14 u. 114, XII Nr. 124, XXI Nr. 208, XXX Nr. 4, XXXI Nr. 116 u. 312, XXXII Nr. 18—20, XXXIV Nr. 181 u. 182, XXXVIII Nr. 8 u. 9, XXXIX Nr. 194, XLVIII Nr. 207; insbesondere auch wegen Zuführung von Feuchtigkeit, Seuff. XXVI Nr. 7, XXIX Nr. 218, XXXI Nr. 116, XXXII Nr. 15; wegen Belästigung durch Tauben, Seuff. XXXIII Nr. 5; wegen Immission von Bienen, R.Ger. XII Nr. 42, Seuff. XL Nr. 249, XLVII Nr. 97; wegen übler Gerüche, Seuff. XLVI Nr. 248, LI Nr. 11, R.Ger. XXXVII Nr. 45; wegen Erderschütterungen, Seuff. XXVII Nr. 208, XXXVIII Nr. 6; wegen übermäßigen Lärms, R.Ger. VI Nr. 61, Seuff. XXXVIII Nr. 7 (R.Ger.), XL Nr. 183, XLIV Nr. 6, XLVIII Nr. 171, XLIX Nr. 236 (R.Ger.). — Ebenso nach preufs. R.; Pl. Beschl. des O.Tr. Entsch. XXIII 252, Striethorst, Arch. XCV 1 ff., R.Ger. VII 266, Dernburg I § 220. Desgleichen nach französ. R.; R.Ger. XI Nr. 79 u. 80, XXVI Nr. 68. Auch nach Sächs. Gb. § 357—358. (Anders nach österr. R., Randa, Eigent. I 119 ff.). — Ein Anspruch auf Schadenersatz ist für die Zeit vor der Klageerhebung nur im Falle des Verschuldens, für die Zukunft schlechthin begründet; R.Ger. VI 221 ff., XI Nr. 79 u. 80, XXVI Nr. 68, sowie bei Seuff. XLIX Nr. 236. — Das B.G.B. stimmt mit dem bisherigen Rechte überein; § 1004 mit § 906; R.Ger. b. Seuff. LVIII Nr. 187, LIX Nr. 128.

[12] Vgl. Seuff. IV Nr. 7, IX Nr. 218, XI Nr. 114, XXI Nr. 208, XXXIV Nr. 182, XXXV Nr. 32, XXXIX Nr. 194, XLII Nr. 100, XLV Nr. 240, XLVIII Nr. 247, LII Nr. 146; B.G.B. § 906; R.Ger. b. Seuff. LVI Nr. 104, LIX Nr. 125 u. 126, b. Gruchot XLVI 370. Die örtlichen Verhältnisse bedingen die Anlegung eines verschiedenen Maßstabes in Städten und auf dem Lande, in der Mitte einer Stadt und in Vorstädten, in Fabrikgegenden und in Villenkolonien usw.; vor allem kommt das bisher Übliche in Betracht. Ist ein Teil eines Grundstücks ausdrücklich zum Betriebe eines bestimmten Unternehmens

Digitized by Google

nur auf mittelbare, nicht auf unmittelbare Einwirkungen, somit auch nicht auf die Zuführung durch eine besondere Leitung[13].

Darüber hinaus wird das Grundeigentum durch eine in das Nachbarrecht eingreifende Bestimmung der Gewerbeordnung zum Schutze solcher lästiger gewerblicher Anlagen, denen die erforderliche obrigkeitliche Genehmigung erteilt ist, eingeschränkt[14]. Wer von einer derartigen Anlage unzulässige Einwirkungen auf sein Grundstück erleidet, kann niemals die Einstellung des ihn schädigenden Betriebes verlangen, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die nachteilige Einwirkung ausschliefsen, oder, soweit solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sind, auf Schadloshaltung klagen[15]. Den gleichen Schutz gewähren Landesgesetze den obrigkeitlich genehmigten Eisenbahn-, Dampfschiffs- und ähnlichen Verkehrsunternehmungen[16].

2. Andererseits wird zur Vermeidung schädigender Einwirkungen auf das Nachbargrundstück vielfach das Recht des Grundeigentümers eingeschränkt, sein Grundstück zu Bauten und anderen Anlagen zu benutzen.

Während nach gemeinem Rechte und vielen Landesrechten die

---

verkauft, so wird auch der Rechtsnachfolger im Eigentum des Restgrundstücks die daraus entstehenden Nachteile dulden müssen; R.Ger. XXIX Nr. 66, Seuff. LVIII Nr. 142.

[13] Roth, D.P.R. § 230 Anm. 53; Randa I 118; B.G.B. § 906 S. 2; Württ. A.G. zu B.G.B. Art. 221.

[14] R.Gew.O. § 26. Der Schutz bezieht sich aber nur auf die nach § 16 genehmigungsbedürftigen Anlagen; R.Ger. XI Nr. 36 u. b. Gruchot XXXII 931. Auch reicht er nur so weit, als die Anlage durch die Genehmigung gedeckt ist; R.Ger. b. Seuff. XXXVIII Nr 159 u. L Nr. 200, C.S. XL Nr. 49.

[15] Diese Klage ist Ersatz der versagten Negatorienklage; R.Ger. XXXVI Nr. 42; Obst.L.G. f. Bayern b. Seuff. XXXVIII Nr. 6. Auch die Herstellung von Einrichtungen, die den Nachteil nur mindern, kann da, wo die Beseitigung untunlich ist, verlangt werden; Seuff. XLVII Nr. 285. Die Art der Einrichtungen kann der Kläger nicht vorschreiben; R.Ger. XXXVII Nr. 45. Er braucht sie aber auch nicht anzugeben; Obst.L.G. f. Bayern b. Seuff. LIII Nr. 8. Der Anspruch auf Schadenersatz erstreckt sich hier regelmäfsig auch auf den vor der Klageerhebung erlittenen Schaden, ohne dafs der Nachweis eines Verschuldens erforderlich wäre; R.Ger. b. Gruchot XXXII 890, 926, 932.

[16] Vgl. R.Ger. VII Nr. 74, XXXI Nr. 64, XXXII Nr. 71. Dem Landesrechte vorbehalten durch Art. 125 des E.G. zum B.G.B.; vgl. A.G. z. B.G.B. f. Bayern Art. 80, Sachs. § 23, Württ. Art. 218, Mecklenb. § 106 (104), Weimar § 118, Braunschw. § 46, Anhalt Art. 44, Kob.-Gotha Art. 25, Altenb. § 73, Meining. Art. 16, Rudolst. Art. 74, Reufs ä. L. § 105, Reufs j. L. § 78, Lüb. § 72. — Über den Fortbestand einer durch älteres Landesgesetz bewirkten Einschränkung der Klage vgl. R.Ger. XI Nr. 36.

Digitized by Google

Bebauung des Grundstückes regelmäfsig bis unmittelbar an die Grenze statthaft ist[17], schreiben ältere und jüngere deutsche Quellen und unter den neueren Gesetzbüchern das Preufsische Landrecht allgemein vor, dafs Gebäude nur in einem fest bestimmten Abstande von der Grenze errichtet werden dürfen[18]. Doch sind diese Vorschriften in den Städten durch die neueren Baupolizeiordnungen fast durchweg abgeändert[19].

Verbreiteter sind nachbarrechtliche Einschränkungen, die sich auf besonders lästige oder gefährliche Bauten oder Anlagen beziehen. Wie schon nach dem Sachsenspiegel und anderen mittelalterlichen Quellen[20], so dürfen auch nach vielen neueren Gesetzen Abtritte, Kloaken, Ställe, Düngergruben, Öfen, Essen und ähnliche unangenehme oder feuergefährliche Anlagen

---

[17] Die in l. 13 D. fin. reg. 10, 1 berichtete altrömische Beschränkung (vgl. Karlowa, R.G. II 518) gilt nicht als gemeines Recht; Seuff. V Nr. 107, VII Nr. 281, XXII Nr. 112, XXXV Nr. 4; Hesse a. a. O. S. 287 ff., Langenn u. Kori, Erört II 244 ff., Werenberg a. a. O. S. 40, Windscheid § 169 Anm. 4, Roth, D.P.R. § 239 Anm. 2, Stobbe-Lehmann § 102 Anm. 15. Anders die Hannoversche Praxis; Seuff. V Nr. 141, XXXIV Nr. 12. Vgl. Code civ. Art. 677. Österr. R. b. Randa § 5 Anm. 24.

[18] Vgl. z. B. Grimm, W. I 780 (3 Schuh), III 214 (1½ Fufs), IV 530 § 30 (2½ Fufs); Westerwolder Landr. VIII § 9 (3 Fufs), Braunschw. Gartenrecht b. Roth § 239 Anm. 20. Preufs. L.R. I, 8 § 139 u. 140 (mangels abweichender örtlicher Baupolizeiverordnungen 1½ Fufs von Gebäuden und 3 Fufs von unbebautem Lande); Förster-Eccius § 170 Anm. 27, Dernburg § 221 Anm. 10. Württemb. Bauordn. b. Lang § 24 Anm. 5 und dafür A.G. z. B.G.B. Art. 224. Anhalt. A.G. z. B.G.B. Art. 35. Kob.-Goth. § 7. Vgl. auch Zürch. Gb. § 169, Bündner § 241 u. andere Schweiz. G. b. Huber III 283 ff. Das revid. Lüb. R. III, 12 Art. 3 u. 7 verbietet schädigende Nähe ohne feste Mafsbestimmung (in Pommern nach Wilmowski S. 39 ff. nicht angewandt, in Lübeck durch Bauordn. v. 1881 § 73 aufgehoben). — Besondere Beschränkungen hinsichtlich der Dachtraufe in Sachsensp. II Art. 49 § 1, Sächs. Gb. § 357, Anhalt. A.G. z. B.G.B. Art. 40; Code civ. Art. 681, A.G. z. B.G.B. f. Baden Art. 24, Birkenfeld § 25, Elsafs-Lothr. § 60; Württemb. A.G. z. B.G.B. Art. 219—220. Vgl. auch Roth, Bayr. C.R. § 126 Anm. 7, 168 Anm. 20—25.

[19] Meist mufs entweder unmittelbar auf der Grenze oder in festem (bei Vorhandensein von Öffnungen gröfserem) Abstande gebaut werden. Die in Anm. 18 angef. Mafsbestimmungen in Württ., Anhalt u. Koburg-Gotha gelten überhaupt nur aufserhalb geschlossener Ortschaften.

[20] Sachsensp. II Art. 51 § 1: oven u. gang u. swinekoven solen dre vote van me tune stan. Magdeb. R. v. 1304 Art. 139. Prager Rechtsb. Nr. 168. Brünner Schöffenb. c. 209—211. Aachener Stadtrechtsb. c. 16 b. Lörsch S. 101. Westerwolder Landr. IX § 1. Grimm, W. III 214 § 9—10. Altes Lüb. R. I 126, II 205, III 77. Breslauer Bauordn. von 1377 § 10 b. Korn, Bresl. Urk.B. S. 252.

Digitized by Google

nur in bestimmter Entfernung von der Grenze hergestellt werden[21]. Auch für Gräben, Brunnen, nachteilige Erhöhungen oder Vertiefungen des Bodens ist mitunter ein fester Abstand von der Grenze vorgeschrieben[22]. Zum Teil werden auch vorübergehende Veranstaltungen in unmittelbarer Nähe der Grenze verboten[23]. Anderswo sind überhaupt lästige oder gefährliche Anlagen nur in solcher Entfernung von der Grenze oder unter solchen Vorkehrungen zulässig, dafs sie das Nachbargrundstück nicht schädigen[24]. Weiter noch geht das B.G.B. Es gibt dem Eigentümer eines Grundstückes allgemein das Recht, zu verlangen, dafs auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, dafs ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat[25]. Doch fügt es die Ermäfsigung hinzu, dafs die Beseitigung einer Anlage, die den landesgesetzlichen Vorschriften über einen bestimmten Abstand von der Grenze

---

[21] Im gemeinen Sachsenrecht erhielt sich der Satz des Sachsensp.; Heimbach § 189 Anm. 2 und § 203 Anm. 7, Emminghaus S. 448 Nr. 12, Falck V § 113, Roth, D.P.R. § 113 Anm. 73. Vgl. ferner revid. Lüb. R. III, 12 Art. 10 (dazu Wilmowski § 16, Lüb. Bauordn. v. 1881 § 72). Hamb. Stat. II, 20 § 13. Kurtrier. L.R. XXII § 8 u. 10.. Kurhess. Bauordn. v. 1784 b. Platner § 10 Anm. 11 ff. NassauischesR. b. Bertram § 214. Bayr. Stat. b. Roth § 125 III. — Preufs. L.R. I, 8 § 125 ff.; vgl. Förster-Eccius § 170 Anm. 21 ff., Dernburg I 525 ff., W. Müller a. a. O. S. 50 ff. — Code civ. Art. 674 (Abstand oder Schutzvorkehrungen nach Ortssatzung oder Ortsgebrauch, vgl. Zachariae-Crome § 172 II); ähnlich A.G. z. B.G.B. f. Baden Art. 18, Birkenfeld § 28, Elsafs-Lothr. § 64, auch Kob.-Goth. Art. 24 § 2, Sondersh. Art. 31 § 7. — Zürch. Gb. § 170, 176—178 u. andere Schweiz. G. b. Huber III 286 ff.

[22] Preufs. L.R. I, 8 § 128—131 u. 185—188 (Brunnen nur 3 Fufs von der Grenze, Bodenerhöhungen oder Bodenvertiefungen 3 Fufs von der Verzäunung oder Mauer des Nachbarn, Rinnen oder Kanäle 1 Fufs von der Scheidewand); R.Ger. XXXVII Nr. 53, W. Müller a. a. O. S. 55 ff.; die Bestimmungen über Vertiefungen in § 187—188 sind aufgehoben. Württ. A.G. z. B.G.B. Art. 226 (für Erhöhungen), Kob.-Goth. Art. 24 § 7 (für Vertiefungen und Erhöhungen). Abstände für Einfriedigungen nach Württ. A.G. Art. 228 u. 229, Kob.-Goth. Art. 24 § 7, Anhalt. Art. 39. — Vgl. Schweiz. G. b. Huber III 292 ff.

[23] Vgl. Stobbe-Lehmann § 102 Anm. 17—18 (Getreide-, Futter- und Strohdiemen, Bienenstöcke). Feste Abstände für Aufschüttungen von Material, Aufstellen von Gerüsten usw. nach Württ. A.G. Art. 225, Anhalt. Art. 38.

[24] Sächs. Gb. § 359; Württ. A.G. Art. 223; Anhalt. A.G. Art. 37.

[25] B.G.B. § 907 Abs. 1 S. 1. Der Anspruch auf Unterlassung oder Beseitigung ist unverjährbar; § 924. Selbstverständlich gelten aber auch hier die oben Anm. 14—16 angef. Ausnahmen.

Digitized by Google

oder sonstige Schutzmaſsregeln genügt, erst dann verlangt werden kann, wenn die unzulässige Einwirkung hervortritt[26].

Auch die Bepflanzung des Grundstücks mit Bäumen und Sträuchern ist nach älteren und zahlreichen neueren Gesetzen nur in bestimmter Entfernung von der Grenze zulässig[27].

Ausdrücklich verboten wird mehrfach der lediglich zum Verdruſs des Nachbarn unternommene sogenannte „Neidbau"[28]. Doch liegt darin nur ein Anwendungsfall des allgemeinen Schikaneverbots.

Nur vereinzelt wird dem Grundeigentümer bei der Herstellung von Anlagen eine besondere Rücksichtnahme auf bestehende nachbarliche Anlagen zur Pflicht gemacht. So ist das römische Verbot, der Tenne des Nachbarn den Luftzug zu verbauen[29], bisweilen dahin erweitert, daſs auch einer vorhandenen Windmühle der erforderliche Wind nicht durch Bauten oder Baumpflanzungen entzogen werden darf[30].

---

[26] B.G.B. § 907 Abs. 1 S. 2. Dann ist also nur der nach dem oben Anm. 11 Gesagten ohnehin dem Eigentümer zustehende Anspruch begründet.

[27] Vgl. z. B. Grimm, R.A. II 78 ff., W. III 28, 29, 41 § 15—16, 47 § 59 bis 60, 48 § 75, 137 § 19, 309 § 17 u. 18; Brünner Schöffenb. c. 208; Aachener Stadtr. c. 17 § 2; Stellen b. Kraut § 98 Nr. 7—9, Mittermaier § 167 Anm. 13 ff., Roth, Bayr. C.R. § 125 Anm. 24 ff., Stubbe-Lehmann § 102 Anm. 27, A. B. Schmidt, Das Recht des Überhangs und Überfalls (unten Anm. 44) S. 73 Anm. 187; Hannov. Heckenrecht b. Strube, Rechtl. Bedenken V Nr. 136. — Preuſs. L.R. I, 8 § 174 ff. (für lebendige Hecken; für Bäume und Weinreben gilt nur § 124). — Ganz besonders ausgebildet ist diese Einschränkung des Eigentums im französ. R.; Code civ. Art. 671—673, Zachariae-Crome § 175; ähnlich A.G. f. Baden Art. 15—17, Birkenfeld § 26—27, Elsaſs-Lothr. § 62—63. Sehr ins Einzelne gehende Bestimmungen enthält das Württ. A.G. Art. 229—240, 247. Ferner Bayr. A.G. Art. 71—75, Hess. Art. 85—87, Weim. § 109—113, Kob.-Goth. Art. 24 § 3—7, 11, Rudolst. Art. 66—70, Sondersh. Art. 31 § 4—6. Nur für Wald Altenb. § 71. Nach Ortsstatut Reuſs j. L. § 72. — Vgl. auch Zürch. Gb. § 150—154 u. 156 und andere Schweiz. Ges. b. Huber III 285 ff. — Das B.G.B. kennt nicht nur eine derartige Schranke nicht, sondern nimmt auch von der allgemeinen Beschränkung in § 907 Bäume und Sträucher aus. Die Zulässigkeit von abweichendem Landesrecht wird aber in Art. 124 des E.G. besonders hervorgehoben.

[28] Revid. Lüb. R. III, 12 Art. 7; Hamb. Stat. II, 20 Art. 8, vgl. Baumeister I § 21 Anm. 17—18; Münchener Bauord. v. 1489 Art. 27 b. Auer S. 210; Beseler § 91 Anm. 9; Roth, Bayr. C.R. § 126 Anm. 5; Seuff. X Nr. 222, XXXVII Nr. 292, XLV Nr. 167.

[29] L. 14 § 1 C. de servit. 3, 34. Vgl. R.Ger. b. Seuff. XXXVI Nr. 107, wonach die Bestimmung in Kurhessen nicht mehr gilt.

[30] So die ältere gemeinrechtliche Praxis; Bülow u. Hagemann IV Nr. 2, Seuff. XVI Nr. 98. Dagegen Seuff. XLVIII Nr. 246. Das Preuſs.

Digitized by Google

3. Mancherlei nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkungen ergeben sich aus der Regelung des Fenster- und Lichtrechts[31]. Während das im gemeinen Rechte durchgedrungene römische Recht weder die Anlage eigner noch die Verbauung fremder Lichtöffnungen einschränkt[32], hat das in viele Landesgesetze übergegangene deutsche Recht Einschränkungen in beiden Richtungen ausgebildet[33]. Einerseits dürfen in Wänden, die sich unmittelbar oder nahe an der Grenze befinden, nach manchen Gesetzen Fenster überhaupt nicht angelegt werden[34], nach anderen nur Fenster in bestimmter Höhe vom Boden und mit besonderen Schutzvorrichtungen[35]. Auch dürfen neue Türen nicht unmittelbar

---

L.R. II, 15 § 247 verbietet die Windentziehung durch Anpflanzung hoher Bäume; für künftig anzulegende Mühlen hat die Ver. v. 18. Nov. 1819 diese Vorschrift aufgehoben. Gegen die Ausdehnung auf Bauten, die wohl mitgemeint sind (Dernburg I 529), erklärt sich ein Pl.Beschl. des O.Trib. Entsch. V 67 ff. — Schweizerische Gb., wie das Zürch. Gb. § 182 u. das Bündner § 226, verbieten das Abgraben fremder Brunnen; Huber III 278 ff.; dazu Schweiz. Entw. Art. 701. In Deutschland besteht kein zureichender Schutz für Brunnen- und Quellenanlagen; davon im Wasserrecht.

[31] Pfeiffer, Prakt. Ausf. IV 3 ff., VII 331 ff. Stölzel, Arch. f. c. Pr. LII 206 ff. Runde § 275. Mittermaier § 167. Roth D.P.R. III 189 ff., 459 ff. Stobbe-Lehmann § 102 Z. 1. Platner § 61. Dernburg, Preuß. P.R. I 527 ff., B.R. III § 86 Z. 5—6. W. Müller a. a. O. S. 62 ff. Zachariae-Crome § 179. Huber III 287 ff.

[32] Pfeiffer a. a. O. IV 4; Seuff. XXXV Nr. 273, LIX Nr. 124; R.Ger. XXXI 343. Ebenso nach Sächs. Gb. u. österr. R., Randa I 113.

[33] Sie bleiben gegenüber dem B.G.B., das seinerseits auf dem römischen Standpunkte steht, in Kraft.

[34] Sachsensp. II Art. 49 § 1 nach der Quedlinburger Handschr.; Brünner Schöffenb. c. 215, 486; Wiener Stadtr. Art. 129; Frankf. Ref. VIII, 7 § 2 (seit 1809 nicht mehr in Geltung, Bender § 82); Nürnb. Ref. XXVI, 3 § 1; Kurtrier. Landr. XXII, 2; Nassau-Katzenelnbog. L.O. V, 3, 1 (v. d. Nahmer I 313); revid. Lüb. R. III, 12 Art. 13 (über die Anwendung in Pommern vgl. Wilmowski S. 43 ff.); Hamb. Stat. II, 20 Art. 8 (vgl. Baumeister I 139, 156 ff.); Bayr. Stat. b. Roth, Bayr. C.R. § 126 Anm. 8 ff., 168 Anm. 14 ff. — Manche Statuten verbinden das Lichtrecht mit dem Traufrecht (dem Recht, eine Traufe nach der Seite des Nachbarn hin zu haben), das sie an einen bestimmten Abstand des Baues von der Grenze knüpfen; so die Bauord. v. Ulm u. Memmingen; vgl. Roth, D.P.R. § 239 Anm. 25, 29—30 u. 36. — Nach den geltenden Baupolizeiordnungen ist in den Städten meist die Anlegung von Fenstern in allen unmittelbar auf der Grenze errichteten Mauern, die nicht an der öffentlichen Straße stehen, schlechthin verboten; vgl. oben Anm. 19; A.G. f. Reuß j. L. § 70.

[35] Das preuß. R. beschränkt nur die Anlage von Fenstern in einer unmittelbar an den Hof oder Garten des Nachbarn stoßenden Wand; sie müssen, wo die Umstände es gestatten, mindestens 6 Fuß über dem Zimmerboden an-

Digitized by Google

auf das Nachbargrundstück münden[86]. Doch wird durch die Einwilligung des Nachbarn oder durch Verjährung ein Recht auf Fenster oder Türen, die der gesetzlichen Regel widersprechen, erworben[87]. Andererseits darf nach manchen Gesetzen den vorhandenen oder doch den seit mindestens zehn Jahren bestehenden Fenstern des Nachbarn das Licht nicht oder doch nicht völlig verbaut werden[88].

---

gebracht und jedenfalls vergittert werden; Preuß. L.R. I, 8 § 138, Entsch. des O.Trib. XXVII 42, Strieth. XXIV 42, R.Ger. b. Gruchot XXV 429, XXXII 939, Entsch. in C.S. V Nr. 61; Förster-Eccius § 170 Anm. 32 ff., Dernburg § 221 Anm. 14, B.R. § 86 Anm. 21. — Das französ. R. gestattet Aussichtsfenster (sowie Erker, Altane, Plattformen usw.) nach dem Nachbargrundstück, falls nicht ein öffentlicher Weg dazwischen liegt, in gerader Richtung nur in einer Entfernung von 6 Fuß, in schräger Richtung in einer Entfernung von 2 Fuß; bei größerer Nähe sind nur vergitterte Lichtfenster in bestimmter Höhe über dem Zimmerboden (zu ebener Erde 8, sonst 6 Fuß) zulässig; Code civ. Art. 676—680; Zachariae-Crome I § 179. Ähnlich Bad. A.G. Art. 19 bis 21, Birkenfeld. § 29—32, Elsaß-Lothr. § 65—68. — Nach vielen Partikularrechten sind, wenn nicht eine bestimmte Entfernung von der Grenze eingehalten wird, nur Lichtfenster oder vergitterte Fenster nach dem Nachbargrundstück zulässig; vgl. Kurhess. R. b. Platner § 61, Münchener, Würzburger u. Augsburger R. b. Roth, Bayr. C.R. § 168 Anm. 33—35, Braunschw. R. b. Roth, D.P.R. § 239 Anm. 35, Wormser Ref. V, 4 t. 11, Mainzer L.O. VII § 34—35, Württemb. R. b. Reyscher § 284 Anm. 10—11 u. Lang § 24 Anm. 4. Neuere Bestimmungen ähnlicher Art in den A.G. f. Bayern Art. 62—66, Württ. Art. 222, Anhalt Art. 36. — Eingehende Regelungen in Schweiz. Gb. b. Huber III 289 ff. — Vgl. auch Österr. Gb. § 488.

[86] Preuß. L.R. I, 8 § 148; Revid. Lüb. R. III, 12 Art. 13; W. Müller a. a. O. S. 74 ff.

[87] Oben Anm. 4—6; für das französ. R. Zachariae-Crome § 179 Anm. 12b—14, R.Ger. XXXI Nr. 76. Nach Bayr. A.G. Art. 67 gilt ein solches Recht als Dienstbarkeit.

[88] Schwabensp. (L.) c. 371 (daz sin lieht nüt verzimberot werde); Hamb. Stat. II, 20 Art. 8 (Kraut § 98 Nr. 25); Lüb. R. b. Budde, Entsch. VIII 49, Wilmowski S. 50 ff. — Nach Preuß. L.R. I, 8 § 142—143 muß einem Fenster gegenüber, das seit 10 Jahren oder länger besteht, jeder Neubau soweit zurücktreten, daß der Nachbar, wenn das Gelaß nur von dieser Seite Licht hat, aus den ungeöffneten Fenstern des unteren Stockwerks, sonst aus den ungeöffneten Fenstern des zweiten Stockwerks noch den Himmel erblicken kann; vgl. dazu Dernburg, § 221 Anm. 12, B.R. § 86 Anm. 17, Paris, Kritik der herrschenden Lehre vom Licht- und Fensterrecht, Berlin 1879, R.Ger. II Nr. 54, XXXII Nr. 50 (gegenüber der Annahme des O.Trib., Entsch. V 166 ff., daß es genüge, wenn der Nachbar in irgend einer Stellung den Himmel sehen könne, verlangt das R.Ger. mit Recht, daß dies in aufrechter Stellung möglich sei). Nach dem Bayr. A.G. Art. 67 gilt, während das Preuß. L.R. für die Zukunft beseitigt ist, ein bereits erworbenes Recht auf Nichtverdunkelung als Dienstbarkeit. Ebenso nach Bad. A.G. Art. 22 u. Meckl. A.V. § 187 (185) ein nach bis-

Digitized by Google

4. Das B.G.B. gibt dem Eigentümer eines Grundstückes, dem die Gefahr einer Beschädigung durch Einsturz eines nachbarlichen Gebäudes oder anderen bodenfesten Werkes oder durch Ablösung von Teilen des Gebäudes oder Werkes droht, ein Recht, von dem Besitzer des Nachbargrundstücks oder des Gebäudes, soweit dieser für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde, zu verlangen, dafs er die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Vorkehrung trifft[39]. Hierdurch wird mit dem Grundeigentum in gewissem Umfange eine nachbarrechtliche Verpflichtung zur gehörigen Erhaltung oder Instandsetzung vorhandener Gebäude und Anlagen verbunden[40]. Das bisherige gemeine Recht gewährte dem bedrohten Grundeigentümer vermöge des römischen Instituts der cautio damni infecti nur ein indirektes, im Erfolge jedoch weiterreichendes Schutzmittel[41]. Die meisten neueren Gesetzbücher legen dem Eigentümer des schadhaften Werkes eine unmittelbare Haftung für den entstehenden Schaden auf, sprechen sich aber nicht darüber aus, ob ein privatrechtlicher Anspruch des

---

herigem Recht durch Zeitablauf erworbenes Recht auf Nichtverdunkelung. Vgl. Württ. A.G. Art. 222 u. Anhalt. Art. 36 über das „Recht auf Licht und Luft". — Mit dem preufs. R. stimmt das Luzerner Gb. § 316 überein. Andere Schweizer Gb. gehen weiter, indem sie nicht nur bestehende Gebäude, sondern auch landwirtschaftliche Grundstücke oder doch Gärten vor erheblicher Schädigung durch Entziehung des Sonnenlichts schützen; vgl. bes. Zürch. Gb. § 171 bis 173, Bündner § 242, auch Zuger § 190 und Glarner § 47—48; Huber III 285 ff., 287 ff. — Vgl. auch Böhm. Stadtr. K. 17 b. Randa, Eigent. § 3 Anm. 27.

[39] B.G.B. § 908. Verantwortlich ist nach § 836 Abs. 1 der Eigenbesitzer des Grundstücks, sofern der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Einrichtung oder mangelnder Unterhaltung ist und er nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zur Abwendung der Gefahr beobachtet hat, oder nach § 837 an seiner Stelle der, der in Ausübung eines Rechts ein Gebäude oder anderes Werk auf einem fremden Grundstücke besitzt; daneben nach § 838 der unterhaltungspflichtige Nutzungsberechtigte oder Verwalter.

[40] Die Verpflichtung trifft das Grundstück nach Art einer Reallast, wennschon sie nicht vom Eigentümer als solchem, sondern vom Besitzer zu erfüllen ist. Vgl. über das zugrunde liegende Prinzip R.Ger. LII Nr. 98.

[41] Vgl. Burkhard, Die Cautio damni infecti, 1875 (in Glücks Kommentar); Hesse a. a. O. § 1 ff.; Windscheid § 458 ff.; Dernburg, Pand. I § 230 ff.; Lang § 67; Roth, D.P.R. § 238 I. Der Ersatzanspruch ist durch Sicherheitsstellung bedingt, der Anspruch auf Sicherstellung aber vom Verschulden unabhängig. — An das röm. R. lehnt sich das Österr. Gb. § 343 an, macht aber die Schadenersatzpflicht (mindestens bei Verschulden) nicht von der Kaution abhängig; Randa, Eigent. I 137 ff., Krainz II § 420.

Digitized by Google

Nachbarn auf positive Vorkehrungen zur Abwendung der Gefahr besteht[42].

5. Durch die Vertiefung eines Grundstückes darf dem Boden des Nachbargrundstückes nicht die erforderliche Stütze entzogen werden[43].

6. In überaus eingehender Weise beschäftigen sich die älteren deutschen Quellen mit dem Überhangs- und Überfallsrecht, dessen Regelung auch in den neueren Gesetzen auf den im einzelnen freilich mannigfach ungleich ausgestalteten deutschrechtlichen Grundsätzen beruht, während die einschlägigen Bestimmungen des römischen Rechts bei uns nur geringe praktische Bedeutung gewonnen haben[44].

a. Überhangsrecht. Wenn ein Baum oder Strauch mit seinen Zweigen in den Luftraum oder mit seinen Wurzeln in das Erdreich des Nachbarn hineinreicht, so steht er gleichwohl ganz im Eigentum dessen, aus dessen Grundstück er hervorspriefst[45].

---

[42] Preufs. L.R. I, 8 § 37 ff.; Sächs. Gb. § 351; Code civ. Art. 1386. Für das Preufs. R. wird ein Klagerecht auf Beseitigung der Gefahr angenommen; Dernburg I 519 ff., Gruchot II 70. Vgl. auch Bad. L.R. Art. 1386a.

[43] B.G.B. § 909; Rechtspr. der O.L.G. V 151; Seuff. LVI Nr. 200; R.Ger. LI Nr. 42. Ebenso Sächs. Gb. § 360. Schweiz. Gb. b. Huber III 281 ff. — Vgl. dazu über landesgesetzlich vorgeschriebene Grenzabstände von Vertiefungen und Erhöhungen oben Anm. 22; über die erforderliche Befestigung von Erhöhungen Württ. A.G. Art. 227.

[44] Vgl. bes. A. B. Schmidt, Das Recht des Überhangs und Überfalls, Unters. zur D.St. u. R.G. H. XXI, Breslau 1886. Ortloff, Arch. f. b. R. XVII 237 ff. J. Grimm, Z. f. gesch. R.W. III, 349 ff.; R.A. I 98 ff., II 80 ff. Hillebrand, Z. f. D.R. IX 310 ff. Massot, Arch. f. prakt. R.W., N. F. VIII 281 ff. (für Hessen). Hesse a. a. O. S. 526 ff. Schuster, Allg. Österr. Gerichtszeitung, Jahrg. 1882 Nr. 77 ff., 1883 Nr. 13 ff. — Runde, D.P.R. § 276; Eichhorn § 176; Mittermaier § 165; Beseler § 87 IV; Stobbe-Lehmann II § 101 Z. 9; Roth III 132 ff., 252 ff.; Heusler, Inst. II 193 ff. — P. Kayser, Das Preufsische Überhangs- und Überfallsrecht, b. Gruchot XXI 69 ff. Dernburg, Preufs. P.R. I § 220 Z.3. — Zachariae-Crome § 176. — Blumer, Rechtsgesch. der Schweiz. Demokr. I 444, II, 2 S. 68 ff. Huber III 320 ff. — Lit. über das röm. R. b. Schmidt a. a. O. S. 1 Anm. 2 u. S. 28 Anm. 69; dazu Ortloff a. a. O. S. 242 ff. — Über das Recht des B.G.B. Ortloff S. 267 ff.; Dernburg III § 82; Cosack § 210 VIII u. IX.

[45] Mit Unrecht nehmen Manche, wie z. B. Mittermaier § 165 IV, Beseler a. a. O., Hillebrand a. a. O. S. 319 ff., Dresdner Erk. b. Seuff. XVII Nr. 7 und Wittenb. Erk. b. Emminghaus S. 446 Nr. 27, für das deutsche Recht ein Eigentum des Grundeigentümers an den überhängenden Zweigen an. Vgl. hiergegen Runde § 276, Stobbe Anm. 31, Schmidt a. a. O. S. 61 ff. — Der Baumeigentümer kann demgemäfs auch nach deutschem Recht den Baum fällen und die überhängenden Zweige, soweit er dies von seinem

Digitized by Google

Der Nachbar braucht sich indes die Störung seines Eigentums nicht gefallen zu lassen. Mangels besonderer nachbarrechtlicher Sätze würde er stets den Eigentumsanspruch auf Entfernung der in sein Grundstück eingedrungenen fremden Sachteile, aber auch nur diesen Anspruch haben[46]. Durch das Nachbarrecht werden seine Befugnisse teils beschränkt, teils erweitert. Nach römischem Recht muſs er über ländlichen Grundstücken den Überhang in einer Höhe von mehr als fünfzehn Fuſs vom Boden dulden, kann dagegen den Baumeigentümer zur Entfernung des tieferen Überhanges und bei städtischen Grundstücken zur Beseitigung des ganzen überhängenden Baumes auffordern und, wenn dieser Aufforderung nicht entsprochen wird, selbst die Beseitigung vornehmen[47]. Das deutsche Recht gibt dem Eigentümer grundsätzlich die Befugnis, alle innerhalb seines Grundstücks befindlichen fremden Zweige und Wurzeln selbst abzuschneiden[48]. Doch wird dabei von den älteren Quellen vorausgesetzt, daſs die Eindringlinge irgendwie das Grundstück schädigen[49]. Nach den meisten

Grundstücke aus vermag, abschneiden; Stobbe Anm. 32, Schmidt S. 64 ff., Preuſs. L.R. I, 9 § 291; für Rankengewächse Sachsensp. II Art. 52 § 1, Sächs. Weichb. c. 125 § 1, Grimm, W. III 48. Nur für Zweige, an denen Obst hängt, wird dem Baumeigentümer dieses Recht bisweilen versagt; vgl. unten Anm. 64.

[46] So verhält es sich denn auch nach französ. R. hinsichtlich der überhängenden Zweige; Zachariae-Crome § 176.

[47] Tit. Dig. de arboribus caedendis 43, 27. Über das richtige Verständnis vgl. Windscheid § 169 Z. 4, Dernburg, Pand. § 200 Z. 3, Schmidt a. a. O. S. 1—27, Ortloff S. 244 ff. Neben dem interdictum de arboribus caedendis hat er die actio negatoria auf Beseitigung; Seuff. X Nr. 18, XI Nr. 115. Hinsichtlich der Wurzeln hat er nur die Negatorienklage.

[48] Hiermit übt er sein Grundeigentum aus, in dem also zwar nicht Eigentum, wohl aber ein dingliches Herrschaftsrecht und regelmäſsig Aneignungsrecht am Überhange enthalten ist. Ein Zusammenhang dieses Rechtes mit der Erstreckung der Gewere an Liegenschaften auf Alles, was sich innerhalb der Grenze befindet, ist schwerlich abzuleugnen; a. M. Schmidt a. a. O. S. 69 ff. — Das Recht, die Beseitigung der Zweige und Wurzeln durch den Baumeigentümer zu verlangen und im Wege der Klage durchzusetzen, wird hierdurch nicht abgeschnitten; vgl. Gosl. Stat. S. 81 Z. 4 ff., Augsb. Stat. c. 81 b. Meyer S. 162. Neuere Gesetze geben ausdrücklich die Wahl; Sächs. Gb. § 362, Zürch. Gb. § 158. Aber auch wo sie schweigen, ist die Negatorienklage auf Beseitigung zulässig. Anders hat für das preuſs. R. das O.Trib. XXX 431 ff. entschieden; vgl. aber Dernburg § 220 Anm. 16, Förster-Eccius III § 173 Anm. 47, Schmidt S. 113 ff.

[49] Sachsensp. II Art 52 § 2, Sächs. Weichb. c. 125 § 1, Blume des Magd. R. I c. 36, Grimm, W I 218, III 47, VI 375 § 76; andere Stellen b. Schmidt S. 45 ff. Es scheint, als wenn in den älteren Quellen auch da, wo das Beseitigungsrecht nicht ausdrücklich von einer schädlichen Wirkung abhängig

Digitized by Google

älteren und neueren Gesetzen kann der Grundeigentümer ohne weiteres zur Selbsthülfe schreiten, ohne dafs er erst den Baumeigentümer aufzufordern brauchte, den Überhang zu beseitigen[50]. Manche Gesetze verlangen indes bei überhängenden Zweigen zunächst eine solche Aufforderung[51]. Mit dem Selbsthülferecht verbindet sich ein Aneignungsrecht an den abgeschnittenen Zweigen und Wurzeln[52]. Einzelne neuere Gesetze schreiben jedoch die Auslieferung des Holzes vor[53].

Das B.G.B. schliefst sich dem deutschen Rechte an. Der Grundeigentümer kann Zweige und Wurzeln, die Zweige aber erst, wenn der dazu aufgeforderte Besitzer des Nachbargrundstücks sie nicht in einer ihm gewährten angemessenen Frist beseitigt hat, abschneiden und behalten; er hat jedoch dieses Recht nicht, wenn die Zweige oder die Wurzeln die Benutzung seines Grundstückes nicht beeinträchtigen[54]. Für Obstbäume bleibt dauernd, für

---

gemacht ist, eine solche stillschweigend vorausgesetzt wird; Schmidt S. 49 ff. — Einzelne ältere Quellen beschränken das Beseitigungsrecht auf die Zweige, die man in bestimmter Weise (z. B. auf einem Pfluge oder Leiterwagen stehend mittels einer Axt mit ellenlangem Stiel) erreichen kann; Grimm, W. I 218 § 1, III 42 § 20, 47, 67, Westerwolder Landr. c. 8 Art. 8, Schmidt S. 53 ff. Nur selten wurde die römische Mafsbestimmung aufgenommen; vgl. Wormser Ref. VI, 1, 14, Württ. Ges. über landwirtschaftliches Nachbarrecht v. 15. Juni 1893 Art. 21 (5 Meter bei ländlichen Grundstücken).

[50] So fast durchweg nach den mittelalterlichen Quellen; Schmidt S. 48 ff., 57. Ebenso nach gemeinem Sachsenrecht und vielen sächs. Partikularrechten; Schmidt S. 107 ff., 127 ff. Desgleichen nach Bayr. L.R. II c. 8 § 6, Preufs. L.R. I, 9 § 228, Österr. Gb. § 422, Sächs. Gb. § 362, Württ. Ges. v. 1893 (oben Anm. 49) Art. 20. Hinsichtlich der Wurzeln auch nach Code civ. Art. 672 u. vielen Schweiz. Gb., vgl. Huber III 320 ff.

[51] Z. B. Goslar. Stat. 31 Z. 4 ff., Grimm, W. III 42 § 20, 137 § 19, Salzburger Taid. S. 57 Z. 17. So auch Bayr. Entw. III Art. 198.

[52] Dies ist sicherlich die Meinung der älteren Quellen und mufs auch heute da angenommen werden, wo das Gesetz schweigt; a. M. Stobbe Anm. 40. Ausdrücklich wird das Aneignungsrecht an Wurzeln im Sächs. Gb. § 362 anerkannt. Der Bayr. Entw. III Art. 198 wollte es an Zweigen und Wurzeln gewähren. — Einzelne ältere Quellen schreiben eine eigentümliche Teilung des Holzes vor; Grimm, W. III 42 § 20, 69 § 35. Andere dehnen das Aneignungsrecht auf den Holz- und Baumfall aus; Grimm, W. III 102 (b. Kraut § 77 Nr. 12) u. 310 § 24.

[53] So das Preufs. L.R. I, 9 § 287 ff. für Zweige und Wurzeln, das Sächs. Gb. § 362 für Zweige.

[54] B.G.B. § 910. — Die Negatorienklage aus § 1004 ist damit nicht abgeschnitten; Ortloff a. a. O. S. 274 ff., Meisner a. a. O. S. 96 ff.; a. M. Planck zu § 910 Bem. 2, Biermann Bem. 2, Dernburg § 82 II, Rechtspr. der O.L.G. II 141.

Digitized by Google

Bäume, die auf einem Waldgrundstücke stehen, bis zur nächsten Verjüngung des Waldes abweichendes Landesrecht vorbehalten[55].

b. Überfallsrecht. Das deutsche Recht gewährt im Gegensatze zum römischen Rechte, nach dem der Baumeigentümer das Eigentum an den auf das Nachbargrundstück fallenden Früchten behält und behufs ihrer Einsammlung einen Tag um den anderen das Grundstück betreten darf[56], dem Grundeigentümer ein Aneignungsrecht an den vom fremden Baume auf sein Grundstück fallenden Früchten[57]. Dieses Recht auf den „Anris" oder „Abrifs" bietet ihm einen Entgelt für die Duldung des Überhanges, weshalb das Sprichwort sagt: „Wer den bösen Tropfen geniefst, geniefst auch den guten"[58]. In seiner ältesten und einfachsten Gestalt erstreckt es sich auf den ganzen Überfall und nur auf den Überfall[59]. In dieser Gestalt ist es auch in neueren Gesetzbüchern festgehalten oder wieder eingeführt[60]. Vielfach aber

---

[55] E.G. Art. 122 u. 183. Abweichendes Recht für Obstbäume und alle Bäume auf öffentlichen Wegen und Plätzen im Württ. A.G. Art. 241—244, vgl. aber Art. 253—254; dem Walde gegenüber ebenda Art. 245, Bayr. Überg.Ges. Art. 9, Meckl. A.V. § 182 (179), Braunschw. § 47, Koburg-Goth. Art. 24 § 10. Dagegen gilt nach Altenb. A.G. § 71 für Obstbäume und Waldbäume der § 910 des B.G.B.

[56] L. un. de glande legenda 43, 28. Vgl. Schmidt S. 27—38; Ortloff a. a. O. S. 252 ff.

[57] Das Eigentum an den Früchten steht auch nach deutschem Rechte dem Baumeigentümer und zwar zunächst auch nach der Trennung zu; Schmidt S. 79 ff. Das dingliche Aneignungsrecht des Nachbarn aber beruht nicht blofs auf Billigkeit (so Schmidt S. 81 ff.), sondern ist Ausfluß seiner Herrschaft an der Liegenschaft und allem, was in ihrer Were ist; vgl. oben Anm. 48 und hier auch § 113 Anm. 25—26.

[58] Grimm, W. III 106, 133; Graf u. Dietherr III Nr. 122; Schmidt S. 82.

[59] „Was über den Zaun fällt, ist des Nachbars"; „Was in des Nachbars Garten fällt, ist sein"; Graf u. Dietherr a. a. O. Nr. 123—124. Vgl. Glosse zu Sachsensp. II Art. 52 u. zu Sächs. Weichb. Art. 125, Stadtr. v. Cleve Art. 17 § 2 in Z. f. R.G. IX 448, Grimm, W. III 102, 106, VI 375 § 76, weitere Belege bei Schmidt S. 85 ff. — Überall gilt als Überfall auch, was der Baumeigentümer herunterschüttelt; Schmidt S. 95 Anm. 233. Nur ausnahmsweise darf der Nachbar selbst schütteln; Grimm, W. VI 141, Schmidt a. a. O. Anm. 234 u. 235.

[60] Frankf. Ref. VIII, 13 § 2 (vgl. Schmidt S. 132 ff.); Bayr. L.R. II c. 3 § 1; Sächs. Gb. § 363; Württemb. Ges. v. 1893. Ebenso für Frankreich Ges. v. 1881 (Code civ. Art. 673), während der Code in seiner ursprünglichen Fassung schweigt und deshalb der Rechtszustand des rheinischen Rechts sehr bestritten ist; Schmidt S. 138 ff., Zachariae-Crome § 176 Anm. 4. — Das Preufs. L.R. I, 9 § 292 hebt den Überfall besonders hervor, geht aber weiter; unten Anm. 62.

Digitized by Google

begegnen Einschränkungen und Erweiterungen. Einerseits schreiben zahlreiche ältere und einzelne neuere Quellen eine Teilung des Anrises zwischen Grundeigentümer und Baumeigentümer vor[61]. Andererseits wird von manchen Gesetzen dem Grundeigentümer auch ein Aneignungsrecht an den hängenden Früchten, die sich in seinem Luftraum befinden, eingeräumt[62]. In Verbindung hiermit wird dann öfter der Baumeigentümer, der sonst seine Früchte insoweit einernten darf, als er dazu ohne Betreten des fremden Grundstücks imstande ist[63], in der Gewinnung der Früchte beschränkt[64].

Das B.G.B. hat das Überfallsrecht in seinem ursprünglichen Umfange aufgenommen, kleidet es aber in das Gewand einer Fiktion, kraft deren die auf das Nachbargrundstück herüberfallenden Früchte als Früchte dieses Grundstücks gelten, und setzt somit an Stelle eines nachbarlichen Aneignungsrechts den unmittelbaren Fruchterwerb dessen, der als Eigentümer oder auf Grund einer besonderen Rechts- oder Besitzlage die Früchte des Nachbar-

---

[61] Meist nach Hälften, oft aber auch nach Dritteln, wobei wiederum dem Stamme bald zwei Drittel, bald nur ein Drittel folgen; vielfach nur bei zahmen, nicht bei wilden Bäumen, was sich aus dem Prinzip des verdienten Gutes erklärt; mitunter nur bei gewissen Grundstücken; das Einzelne b. Schmidt S. 87 ff., Stobbe Anm. 49. — Von neueren Rechten vgl. Recht des Breidenbacher Grundes bei Stammler S. 90 Nr. 18, Württemb. R. vor 1893 bei Reyscher III § 285, andere deut. Partikularrechte b. Schmidt S. 130; insbesondere aber Schweizer. Rechte, wie Gb. f. Glarus § 38, Appenzeller Landb. Art. 122, Schwyzer R. b. Theiler a. a. O. S. 60 ff.

[62] Vgl. z. B. die Fassung des Sächs. Weichb. c. 126 b. Kraut § 77 Nr. 16, Art. 112 b. Daniels S. 52; Augsburger Stat. c. 81 b. Meyer S. 162; Prager Rechtsb. b. Röfsler S. 150; Regensburger R. b. Gengler, Lehrb. S. 216; andere ältere Quellen b. Schmidt S. 100 ff. — Ebenso die Praxis des gemeinen Sachsenrechts und viele sächs. Partikularrechte, vgl. Schmidt S. 132 und 134. Desgleichen das Preuſs. L.R. I, 9 § 289; Österr. Gb. § 422; Bayr. Entw. III § 199; Zürch. Gb. § 160 u. andere Schweiz. Gb.; vgl. Schmidt S. 133, 136 ff., 146 ff., Huber III 321 ff.

[63] Dies bestimmen viele Quellen ausdrücklich (ältere oft mit dem bezeichnenden Zusatz, daſs der Baumeigentümer buſsfällig wird, wenn er auf das fremde Grundstück hinabfällt); Rechtsb. n. Dist. II 2 d. 14; Grimm, W. III 682, VI 55 § 12, 150 § 13; Salzb. Taid. S. 23 Z. 4 ff., 160 Z. 23 ff.; Schmidt S. 57 ff.; Seuff. XLIII Nr. 6; Sächs. Gb. § 363.

[64] Bisweilen wird das Kappen der Zweige, so lange Früchte an ihnen hängen, verboten; Augsb. Stat. c. 81, Brünner Schöffenb. c. 208, Schmidt S. 67 Anm. 176 u. 177. Oder es wird nur das Pflücken mit der Hand erlaubt, der Gebrauch von Instrumenten untersagt; Grimm, W. VI 141 § 14; Preuſs. L.R. I, 9 § 289.

Digitized by Google

grundstücks mit der Trennung erwirbt[65]. Im Einklange mit deutschen Quellen, nach denen der Überfall auf die Allmende dem Baumeigentümer verbleibt[66], nimmt es vom Überfallsrecht solche Früchte aus, die auf ein dem öffentlichen Gebrauch dienendes Grundstück fallen[67].

7. Dem deutschen Recht entstammt die nachbarrechtliche Pflicht zur Duldung eines Grenzüberbaues[68]. Der Regel nach brauchte der Grundeigentümer keinerlei Grenzüberschreitung zu gestatten[69] und konnte die Beseitigung jeder auf seinem Boden errichteten nachbarlichen Anlage verlangen[70]. Allein zum Teil wurde eine auf Verschweigung beruhende Verpflichtung des Grundeigentümers ausgebildet, den einmal erfolgten Grenzüberbau zu dulden, falls er dem gehörig angezeigten oder nach manchen Rechten auch blofs dem offenkundigen Bau nicht rechtzeitig widersprochen hatte[71]. Diese Beschränkung des Eigentums erhielt sich partikularrechtlich gegenüber dem gemeinen Recht, in dem

---

[65] B.G.B. § 911 S. 1. Der Eigentumsübergang tritt ein, sobald die Früchte zu Boden gefallen sind; langt der Baumeigentümer den abgefallenen Apfel, der soeben noch sein war, herüber, so ist es Diebstahl! Dies gilt auch, wenn der Baumeigentümer geschüttelt hat. Nicht aber, wenn der Nachbar selbst schüttelt; Biermann zu § 911, Dernburg § 82 Anm. 8; a. M. Planck zu § 911 Bem. 1, Meisner a. a. O. S. 115. Ein Aneignungsrecht hat er vielmehr nur aus § 910, wenn die Früchte an einem überhängenden Zweige hängen, der trotz Aufforderung nicht entfernt wird.

[66] Stat. v. Fürstenau u. Ortenstein b. Planta, Bündner Civilgesetzb. S. 165, Hess. Stat., Gb. f. Glarus Art. 39, Landb. v. Uri I Art. 173, Landb. v. Unterwalden p. 3; vgl. Schmidt S. 93 ff., Huber III 328. — Älterer Anschauung entspricht es, dafs die Markgenossen den overfall int samet gebrücken; Grimm, W. III 143 Art. 4.

[67] B.G.B. § 911 S. 2. Die Früchte bleiben also dem Baumeigentümer.

[68] Vgl. bes. M. Wolff, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau, Jena 1900. Dernburg, Preufs. P.R. I 570, B.R. III § 83. Lang, Württ. Sachenr. § 36. Cosack, B.R. § 210 IV. W. Müller a. a. O. S. 98 ff.

[69] Wolff a. a. O. S. 23 ff. Ausnahmen galten vielfach für Vorbauten auf öffentliches Eigen. — Nach den Meckl. A.V. zum B.G.B. § 187 (185) soll ein nach bisherigen Statutarrechten durch Zeitablauf erworbenes Recht auf Duldung von Vorbauten als Dienstbarkeit gelten.

[70] Wolff a. a. O. S. 33 ff. Der Bauherr war Eigentümer des Bauwerks (oben § 103 Anm. 5), mufste es aber abbrechen und den Schaden ersetzen.

[71] Vgl. über die Entwicklung der Bauanzeige Wolff S. 45 ff., über die Ausbildung der Verschweigung S. 52 ff. Die Verschweigungsfrist betrug nach lüb. R. Jahr und Tag, wurde aber anderswo abgekürzt. Verschulden des Überbauenden war ursprünglich bedeutungslos, Entschädigung wurde nicht gewährt. Erst in neuerer Zeit änderte sich beides.

Digitized by Google

das römische Recht durchdrang[72], und wurde im preufsischen und württembergischen Recht dahin ausgestaltet, dafs der gutgläubig die Grenze überbauende Nachbar das Eigentum an der überbauten Bodenfläche gegen die Verpflichtung zum Wertersatz erwarb[73]. Das B.G.B. hat die Verpflichtung zur Duldung eines Grenzüberbaues gegen Entschädigung als nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkung neu geregelt[74]. Die Verpflichtung tritt ein, wenn der Eigentümer des Nachbargrundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut hat[75], ohne dafs ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt[76], und der Grundeigentümer es versäumt hat, vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch zu erheben[77]. Der über die Grenze reichende Gebäudeteil steht als Bestandteil des fremden Gebäudes

[72] Es wurde also auf jeden Grenzüberbau der Satz superficies solo cedit angewandt. Nur das Ausbauchen einer Grenzmauer bis zu einem halben Fuß mußte sich nach l. 17 pr. D. si serv. vind. 8, 5 der Nachbar gefallen lassen; Windscheid § 169 Anm. 10, Dernburg, Pand. § 199 Z. 3. Den Landesgesetzen blieb dies fremd; vgl. für das preuß. R. R.Ger. XLV Nr. 73.

[73] Preuß. L.R. I, 9 § 340 ff., Württ. Bau-O. v. 6. Okt. 1872 Art. 72.

[74] B.G.B. § 912—916. Die Vorschriften gelten nach E.G. Art. 181 auch für ältere Überbaue; R.Ger. XLVI Nr. 36, XLVII 359, Habicht S. 397, Niedner zu Art. 181 S. 367, Wolff S. 188 ff., Biermann zu § 912 Bem. 3, jetzt auch Dernburg § 83 II 4. — Auf den Fall, daß der Nachbar nicht die Grenze, sondern nur den landesrechtlich vorgeschriebenen Abstand von der Grenze überschreitet, sind sie nicht berechnet. Doch sind sie wohl analog anzuwenden; Wolff S. 98 ff., Dernburg § 80 II 1 d; a. M. Biermann Bem. 4. Unanwendbar aber sind sie, wenn der Eigentümer die Grenze einer mit der Dienstbarkeit des Nichtbebauens belasteten Teilfläche überbaut; R.Ger. b. Seuff. LIX Nr. 158.

[75] Es muß sich also um die Errichtung (nicht bloß Ausbesserung) eines Gebäudes (nicht eines anderen Bauwerks) handeln; Wolff S. 87 ff. Dabei muß die Grenze überschritten (nicht lediglich auf fremdem Boden gebaut) sein; auch Überbau in den fremden Luftraum (Erker, Balkon) fällt darunter; Wolff S. 93 ff. Der Überbau muß vom Eigentümer, dem aber der Erbbauberechtigte oder Erbpächter gleichsteht, ausgehen; Wolff S. 107 ff., Biermann, Planck, Kober zu § 912; a. M. Dernburg zu § 87 II 1 b, der auch den Überbau durch den Nießbraucher oder Pächter gleichstellt.

[76] Die Beweislast trifft den Überbauenden; R.Ger. XLVII Nr. 26. Irrtum über die Grenze ist nicht erforderlich, auch der gute Glaube an ein Recht, über die Grenze zu bauen, genügt; Wolff S. 113, R.Ger. LI Nr. 9; a. M. Seuff. LVI Nr. 126.

[77] Wolff S. 116 ff. Der Widerspruch ist formfrei, aber empfangsbedürftig. Von einer Bauanzeige, wie nach preuß. R., hängt der Eintritt der Verschweigung nicht ab; wohl aber davon, daß die Grenzüberschreitung offensichtlich geworden ist.

Digitized by Google

im Eigentum des Gebäudeeigentümers. Dagegen bleibt der zur Duldung verpflichtete Grundeigentümer Eigentümer der überbauten Bodenfläche. Als Entschädigung für die Benutzung seines Grundstücks empfängt er eine Geldrente, für deren Höhe die Zeit der Grenzüberschreitung mafsgebend ist[78]. Das Rentenrecht ist nach Art eines Realrechts mit dem Eigentum an der überbauten Fläche verbunden, die Rentenpflicht lastet nach Art einer Reallast auf dem Nachbargrundstücke. Da aber nur ein Korrelat der nachbarrechtlichen Eigentumsbeschränkung vorliegt, findet eine Eintragung in das Grundbuch nicht statt[79]. Das Rentenrecht geht allen anderen Rechten am belasteten Grundstück vor[80] und erlischt erst mit Beseitigung des Überbaues[81]. Der Rentenberechtigte kann aber jederzeit dem Rentenpflichtigen die Übereignung der überbauten Bodenfläche gegen Ersatz des Wertes, den sie zur Zeit der Grenzüberschreitung hatte, aufdrängen[82]. Wird durch den Überbau ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit am überbauten Grundstück beeinträchtigt, so stehen dem Berechtigten entsprechende selbständige Ansprüche zu[83].

8. Deutschrechtlichen Ursprunges ist das Nachbarrecht des Notweges[84]. Bei der ursprünglichen Agrarverfassung flofs aus

---

[78] Wolff S. 137 ff. Die Rente ist jährlich im voraus zu entrichten.

[79] Wolff S. 147 ff. Dagegen ist sowohl der Verzicht auf die Rente, wie die vertragsmäfsige Festsetzung ihrer Höhe eintragungsbedürftig. Ebenso eine vertragsmäfsige Änderung des Fälligkeitstermins; Wolff S. 155.

[80] Auch von der Zwangsversteigerung wird das Rentenrecht nicht berührt: Zw.V.G. § 52 Abs. 2. — Unter mehreren Renten geht die ältere vor; a. M. Wolff S. 145.

[81] Wolff S. 157 ff. Der Verjährung unterliegt das Rentenrecht nicht. Dagegen verjähren die einzelnen Rentenansprüche in 4 Jahren.

[82] Wolff S. 164 ff. und über die im B.G.B. § 915 vorgeschriebene Anwendung der Vorschriften über den Kauf S. 177 ff.

[83] B.G.B. § 916; Wolff S. 106 ff. Der Berechtigte hat das Widerspruchsrecht und als Korrelat seiner Duldungspflicht das Rentenrecht, nicht aber das Recht auf Grundabnahme. — Sonstige dinglich Berechtigte haben kein unmittelbares Recht gegen den Überbauenden; doch haftet ihnen das Rentenrecht als Grundstücksbestandteil.

[84] A. Menzel, Das Recht des Notweges, Wien 1896 (Sonderabdruck aus den Juristischen Blättern Nr. 19—22). — Lehrb. des D. P.R. von Mittermaier § 167 III, Beseler § 91 litt. a, Roth § 268 III, Stobbe b. Lehmann § 101 Z. 1. — Lang, Württ. Sachenr. § 25. Dernburg, Preufs. P.R. I 297. Zachariae-Crome § 180. Huber, Schweiz. P.R. III 315 ff.; Theiler a. a. O. S. 9 ff.; Moser a. a. O. S. 50 ff. — Lehrb. des bürg. R. von Endemann § 74, Cosack § 210 V, Dernburg § 84. W. Müller a. a. O. S. 102 ff.

Digitized by Google

dem vorbehaltenen Gesamtrecht am verteilten Lande die Beschwerung des Sondereigentums mit den durch die Gemengelage bedingten und durch den Flurzwang beschränkten Wegelasten zugunsten der Gemeindegenossen und insbesondere der Nachbarn[85]. Hieraus entwickelte sich der allgemeine nachbarrechtliche Satz, daſs je das vordere Gut dem hinteren Weg und Steg geben müsse[86]. Eine Entschädigung hierfür lag nicht im Sinne des alten Gemeinschaftsrechts[87], wurde dagegen da, wo der Notweg als einseitige Last zum Vorteil des Nachbarn erschien, für billig erachtet[88]. Nach der Aufnahme des römischen Rechtes, das nur behufs des Zuganges zu einem Grabmal eine Verpflichtung zur Gewährung eines Notweges kannte[89], erhielt sich das einheimische Recht als gemeines Gewohnheitsrecht und wurde von den neueren Gesetzbüchern aufgenommen[90]. Doch wurde zum Teil das deutschrechtliche Wesen des Notweges verdunkelt, indem man den Gedanken der nachbarrechtlichen Eigentumsschranke durch die dem römischen Rechte entlehnte Auffassung zu verdrängen suchte, daſs der Notweg eine vom Richter bestellte Servitut sei[91]. Das

---

[85] Gierke, Gen.R. II 217. Meitzen, Siedlung u. Agrarwesen I 62 ff.

[86] Grimm, W. I 94, II 28 § 12, III 47 § 56, 59 § 29, 134 § 10 u. 13; Dortm. Stat. III, 35 b. Frensdorff S. 74; Kraut § 98 Nr. 13 u. 15—17; Stobbe Anm. 3.

[87] Vgl. Beseler a. a. O. Anm. 3, der aber mit Unrecht meint, der Entschädigungsanspruch sei erst dem römischen Rechte entlehnt. Abweichend Stobbe Anm. 4.

[88] Vgl. Grimm, W. III 69 § 29, Salzb. Taid. S. 192 Z. 36 ff.; auch Tiroler W. I 238 § 46, Steir. u. Kärnth. Taid. S. 25 Z. 25 ff.

[89] L. 12 pr. D. de rel. 11, 7.

[90] Für das gemeine Recht vgl. Glück, Komm. IX 101 ff., Elvers, Themis I Nr. 4, Windscheid § 212 Anm. 6; Seuff. I Nr. 177, 321, IV Nr. 204, VI Nr. 156, XIII Nr. 210—212, XIV Nr. 114, XVI Nr. 12, XXVII Nr. 8, XXXIII Nr. 8. Für das Sachsenrecht Emminghaus S. 484 ff. Preuſs. L.R. I 22 § 3 ff. Code civ. Art. 682 ff. Sächs. Gb. § 345 ff. Bayr. Entw. III § 183 ff. Zürch. Gb. § 139 ff., Berner Art. 381, andere Schweiz. b. Huber a. a. O. — In Österreich hat das B.G. nicht vorgesorgt; erst neuerdings ist, nachdem schon für das Forst-, Berg- und Wasserrecht ein Notwegerecht anerkannt war (Forstges. § 24, Bergges. § 131 d, Wasserges. § 8, 15 b), das Ges. v. 7. Juli 1896 betreffend die Einräumung von Notwegen ergangen; vgl. Randa, Eigt. I 111, Menzel S. 3 ff., 12 ff. — Das Preuſs. A. L.R. läſst auch die Einräumung anderer notwendiger Benutzungsrechte als eines Wegerechts zu; vgl. Dernburg a. a. O. Manche nehmen das Gleiche für das gemeine Recht an; Roth Anm. 32.

[91] So zum Teil die gemeinrechtliche Praxis; Seuff. VI Nr. 156, XIII Nr. 211, XIV Nr. 114. Den Gesetzbüchern ist diese Auffassung fremd; mit

Digitized by Google

B.G.B. kehrt zum deutschen Rechte zurück und ordnet das Recht des Notweges auf rein nachbarrechtlicher Grundlage[92].

Die Verpflichtung zur Duldung des Notweges ist eine Eigentumsschranke. Sie tritt für alle beteiligten Nachbarn ein, wenn einem Grundstücke die zur ordnungsmäfsigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehlt[93]. Durch Landesrecht kann sie auch zum Zwecke der Verbindung mit einer Eisenbahn oder einer Wasserstrafse begründet werden[94]. Der Eigentümer des notleidenden Grundstücks kann von den Nachbarn verlangen, dafs sie bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden[95]. Die Richtung des Notweges und der Umfang des Benutzungsrechts werden nötigenfalls durch Urteil bestimmt. Dieses Urteil aber hat nicht konstitutive, sondern deklarative Bedeutung; es begründet nicht eine Dienstbarkeit, sondern stellt die vorhandene

---

Unrecht wird sie von Dernburg in das preufs. L.R. hineingelegt; vgl. dagegen Menzel S. 29. Für das französ. R. vgl. R.O.H.G. XI 28 ff. Dagegen huldigt ihr das Österr. Ges. v. 1896 § 3 ff. — Theoretisch treten für die Konstruktion des Notwegs als richterlich bestellter Servitut bes. Laband, Arch. f. c. Pr. LII 189 ff. Anm. 57, Windscheid a. a. O., Roth a. a. O. u. Stobbe a. a. O. ein. Dagegen Randa a. a. O., Beseler a. a. O. und bes. Menzel S. 31 ff. Letzterer weist die Unzweckmäfsigkeit einer Regelung nach, bei der das Urteil als partieller Enteignungsakt erscheint, die bestellte Servitut ins Grundbuch einzutragen ist und nur durch förmlichen Wiederaufhebungsakt erlischt, der Entschädigungsanspruch sich nach Enteignungsrecht richtet usw.

[92] B.G.B. § 917—918. Sehr verbessert gegen Entw. I; vgl. Gierke, Entw. S. 329 ff.

[93] B.G.B. § 917 Abs. 1. Dies entspricht dem bisherigen Rechte; Seuff. III Nr. 3, XIII Nr. 210, XL Nr. 184; Dernburg § 297 Anm. 7—9; Roth § 268 Anm. 38; Sächs. Gb. § 345; im wesentlichen auch die französischrechtliche Praxis, vgl. Zachariae-Crome § 180 Anm. 2, R.Ger. VI Nr. 90. Es ist eine ungebührliche Verengung des Notwegerechts, wenn es auf den Fall der Unmöglichkeit eines anderen Zuganges eingeschränkt oder (wie in Entw. I § 863) nur zum Zwecke der „bisherigen" Benutzung gewährt wird. Andererseits kann der Notweg nicht für eine ungewöhnliche Benutzung verlangt werden; Seuff. XXXIII Nr. 3. Ebensowenig für blofse Erleichterung der Benutzung; Seuff. IV Nr. 204, XXVII Nr. 8, L Nr. 79 (R.Ger.). — Gegen die Ansicht, dafs ein „Notstand" vorliegen müsse, vgl. Menzel S. 22 ff.

[94] E.G. zum B.G.B. Art. 123.

[95] Der Anspruch steht nur dem Eigentümer (oder Erbbauberechtigten, Erbpächter usw.), nicht dem sonstigen dinglich Berechtigten zu. A. M. Stobbe-Lehmann II, 1 S. 334. Vgl. auch Seuff. XLI Nr. 201 (Notweg für Fischereiberechtigte). Er richtet sich gegen jeden Nachbarn, dessen Grundstück für die Herstellung der geeignetsten Verbindung gebraucht wird, aber nur gegen den Eigentümer; Seuff. LVI Nr. 150. Er ist unverjährbar; B.G.B. § 924.

Digitized by Google

nachbarrechtliche Eigentumsschranke fest[96]. Die Entschädigung der belasteten Nachbarn erfolgt durch eine Geldrente, für die ähnliche Regeln wie für die Rente beim Grenzüberbau gelten[97]. Ausgeschlossen ist die Verpflichtung zur Duldung des Notweges nur dann, wenn die bisher vorhandene Verbindung des Grundstücks durch eine willkürliche Handlung des Eigentümers aufgehoben wird[98]. Die Regeln über den Notweg greifen auch Platz, wenn der Verbindungsmangel infolge der Abveräufserung eines Grundstücksteiles oder eines von mehreren Grundstücken eingetreten ist; in diesem Falle trifft jedoch die Last nur den Eigentümer desjenigen Grundstücks, über das die Verbindung bisher stattgefunden hat[99].

9. Verwandt mit dem Notwege sind andere partikularrechtlich begründete Eigentumsschranken, kraft deren eine vorübergehende Benutzung des Grundstücks durch den Nachbarn geduldet werden mufs[100]. So das uralte Anwenderecht (Tret-, Kehr-, Pflug-, Trepp- oder Rädelsrecht), das den Eigentümer verpflichtet, dem Nachbarn das Wenden des Pfluges oder das Umtreten des Zugviehs auf seinem Felde zu gestatten[101]. So das in sehr verschiedenem

---

[96] Vgl. Biermann zu § 917 Bem. 2, Planck Bem. 2a, Endemann § 74 Anm. 21; a. M. Cosack § 210 V 2. Darum findet keine Eintragung ins Grundbuch statt. Ebenso erlischt die Last von selbst mit Wegfall des Bedürfnisses (auch durch Hinzuerwerb eines anderen Grundstücks, Rechtspr. d. O.L.G. II 506); ein die Aufhebung aussprechendes Urteil konstatiert nur das Erlöschen.

[97] B.G.B. § 917 Abs. 2. Auch diese Rente wird nicht eingetragen, während ein Verzicht auf sie oder ihre vertragsmäßige Festsetzung der Eintragung bedarf. Das Recht auf die Rente ist auch hier subjektiv und objektiv dinglich. Auch hier wird der Entschädigungsanspruch zugleich dem durch den Notweg beeinträchtigten Erbbauberechtigten oder Servitutberechtigten gewährt.

[98] B.G.B. § 918 Abs. 1. Ebenso Erk. im Arch. f. pr. R.W. VI 143; Seuff. XIII Nr. 210; Preuß. L.R. I, 22 § 8, dazu O.Trib. XLVI 153; Sächs. Gb. § 346. Das Recht auf den Notweg steht dann auch späteren Eigentümern nicht zu; Dernburg § 84 Anm. 9, Biermann zu § 918 Bem. 1. — Entw. I § 863 versagte bei jeder verschuldeten Zugangsnot für alle Zeiten den Notweg! Dawider Gierke a. a. O. S. 330 ff.

[99] B.G.B. § 918 Abs. 2. — Bisher wurde meist der Veräußerer unter dem Gesichtspunkte der stillschweigenden Bestellung einer Servitut zur unentgeltlichen Einräumung eines Weges verpflichtet; Sächs. Gb. § 348—349; Bayr. Entw. III § 186; Seuff. XIII Nr. 212; a. M. Seuff. XI Nr. 18.

[100] Sie sind dem B.G.B. fremd, bestehen aber nach Landesrecht fort.

[101] Über den Ursprung vgl. Meitzen a. a. O. S. 87. Zahlreiche ältere Quellen b. Stobbe-Lehmann § 101 Anm. 12. Vgl. ferner Mittermaier § 167 VI 2; Beseler § 91 Anm. 7; Roth, Bayr. C.R. II § 128 Anm. 8, D.P.R.

Digitized by Google

Umfange vorkommende Hammerschlagsrecht oder Leiterrecht, kraft dessen der Nachbar behufs Herstellung, Reinigung oder Wiederherstellung von Bauten oder anderen Anlagen den fremden Boden betreten, ein Gerüst darauf setzen und den Abfall darauf werfen darf[102]. So auch das Schaufelschlagsrecht, das den Eigentümer eines Flusses, Baches oder Grabens verpflichtet, die für den Betrieb einer benachbarten Mühle oder anderen Anlage erforderliche Räumung des Gewässers und die vorläufige Ablagerung des Schlammes auf seinem Ufergelände zu dulden[103].

10. Mancherlei Einschränkungen erfährt das Grundeigentum durch das nachbarliche Grenzrecht[104].

a. Das Grenzrecht zielt zunächst auf gehörige Grenzfeststellung. Soweit die Grenzen unstreitig sind, besteht unter Nachbarn ein gegenseitiger Abmarkungsanspruch, der sich auf die äufsere Sichtbarmachung der Grenze richtet. Nach dem

§ 240 Anm. 8; Lang, Württ. Sachenr. § 25 Anm. 17; Worms. Ref. V, 4 t. 24; Zürch. Gb. § 143 (577), Schaffhaus. § 519, Basel.-Städt. Nachbarr. § 7—8 und andere Schweiz. Ges. b. Huber III 312 ff. Aufrecht erhalten wird das Anwenderecht, soweit es herkömmlich ist, im A.G. f. Bayern Art. 76, Weimar § 115, Meiningen Art. 15 § 2, Rudolst. Art. 72, Reufs j. L. § 71; nach Ortsstatut im Kob.-Goth. A.G. Art. 24 § 7. Doch erlischt es nach Bayr. G. Art. 79, Meining. Art. 15 § 2 u. Reufs. j. L. § 71 durch zehnjährige Nichtausübung, nach Weim. § 116 ebenso und überdies durch schriftlichen Verzicht.

[102] Mittermaier § 167 IV 7—8; Maurenbrecher I § 263 Anm. 4; Roth, Bayr. C.R. § 128 Anm. 7, D.P.R. § 240 Anm. 7; Stobbe-Lehmann § 101 Anm. 16; Seuff. V Nr. 107. Wormser Ref. V, 4 t. 13. Preufs. L.R. I, 8 § 155; dazu Förster-Eccius III § 170 Anm. 62, Dernburg § 221 Z. 5. Bayr. Entw. III Art. 97. Sächs. Gb. § 350. Lübecker Bauordn. v. 23. Mai 1881 § 70. Zürch. Gb. § 163 (594), 183—186 (613—616), Bündner § 246 und andere Schweiz. Ges. b. Huber III 303 ff. Manche halten das Hammerschlagsrecht für gemeinrechtlich; so Holzschuher, Theorie § 91 Anm. 12 d; dagegen Hesse a. a. O. § 117. In Württemb. ist es durch Ges. v. 26. März 1862 beseitigt. Dagegen ist es durch die A.G. zum B.G.B. in Hessen (Art. 83—84) und den sächsisch-thür. Staaten (Weim. Art. 115, Anh. Art. 43, Kob.-Gotha Art. 24 § 1, Altenb. § 70, Mein. Art. 15 § 1, Rudolst. Art. 71, Sondersh. Art. 31 § 2—3, Reufs ä. L. § 97, j. L. § 69) allgemein anerkannt und geregelt. Entstandener Schade mufs überall ersetzt werden.

[103] Seuff. II Nr. 145, XVII Nr. 9; Emminghaus S. 196 Nr. 24; Roth, Bayr. C.R. § 128 Anm. 9 u. 12, D.P.R. § 240 Anm. 9; Stobbe-Lehmann § 101 Anm. 16.

[104] Dernburg, B.R. III § 85, 87, 71. Cosack § 210 XI u. XII. Rönneberg, Arch. f. b. R. XI 119 ff., 251 ff. F. Höniger, Die Grenzstreitigkeiten nach deut. b. R., Berlin 1901. Planck, Biermann, Kober zu B.G.B. Art. 919 bis 923. W. Müller a. a. O. S. 86 ff.

Digitized by Google

B.G.B. kann jeder Grundeigentümer von dem Eigentümer eines Nachbargrundstücks verlangen, dafs er zur Errichtung fester Grenzzeichen und, wenn ein Grenzzeichen verrückt ist oder unkenntlich geworden ist, zur Wiederherstellung mitwirke[105]. Die Art der Abmarkung und das Verfahren bestimmen sich nach Landesrecht oder Ortsgebrauch[106]. Gegen den Nachbarn, der die Mitwirkung verweigert, kann auf Erfüllung seiner Mitwirkungspflicht und somit auch auf Beteiligung an dem landesgesetzlich vorgeschriebenen oder ortsüblichen Abmarkungsverfahren geklagt werden[107]. Soweit die Grenzen streitig sind, greift der vom Ab-

---

[105] B.G.B. § 919 Abs. 1 (die Kosten sind nach Abs. 3 im Zweifel gemeinsam zu tragen; der Anspruch ist nach § 924 unverjährbar). Der Abmarkungs- oder Grenzerneuerungsanspruch entspricht dem bisherigen Recht; Preufs. L.R. I, 17 § 393 ff., vgl. Dernburg I § 216 Z. 2; Code civ. Art. 646, vgl. Zachariae-Crome § 173; Sächs. Gb. § 364; gemeinrechtl. Praxis b. Dernburg, Pand. I § 229 Anm. 18. Vgl. Österr. Gb. § 850 (auch § 845), Krainz II § 418, Randa, Besitz S. 255 ff.; Zürch. Gb. § 166 (596), Bündner § 240, andere Schweiz. b. Huber III 246 ff. — Weitergehende landesrechtliche Vorschriften, die den Eigentümer zur Herstellung und Instandhaltung bestimmter Grenzanlagen gegen den Nachbar oder mit dem Nachbar verpflichten, bleiben in Kraft. So vielfach ältere deut. Quellen; Gierke, Gen.R. II 217 ff. Württ. A.G. z. B.G.B. Art. 224, dazu über Beschaffenheit von Zäunen und Mauern Art. 228, sowie Anh. A.G. Art. 39. Code civ. Art. 663 (nachbarrechtlicher Anspruch auf Herstellung einer gemeinschaftlichen Scheidemauer von bestimmter Höhe bei städtischen Grundstücken, vgl. Zachariae-Crome § 174, Kohler, Ges.Abh. S. 202 ff.); in Elsafs-Lothr. durch A.G. § 69 festgehalten, sonst für Deutschland beseitigt, auch für Preufsen (A.G. Art. 24, vgl. Bayr. A.G. Art. 70, Bad. Art. 14). Österr. Gb. § 858. Meist ist indes heute die Umfriedigungspflicht Ausfluß eines öffentlichrechtlichen Gebots; oben § 126 Anm. 45.

[106] Die meisten Landesgesetze kennen ein besonderes nichtstreitiges Abmarkungs- (Grenzerneuerungs- oder Versteinigungs-) Verfahren zum Zwecke behördlicher Feststellung und Bezeichnung der Grenzen. So Preufs. L.R. I. 17 § 383 ff., vgl. Dernburg I § 216 Z. 2; Bayr. Vermarkungsges. v. 16. Mai 1868, vgl. Seydel, Bayr. Staatsr. V 583 ff., A.G. z. B.G.B. Art. 156; Württ. Ges. v. 28. Juli 1877; Gr. Hess. G. v. 23. Okt. 1830 mit A.G. Art. 90; Kob.-Goth. Ges. v. 15. Juli 1882; Meining. Ges. v. 14. Apr. 1882; Sondersh. G. v. 21. Sept. 1869 mit A.G. z. B.G.B. Art. 30; Altenb. A.G. § 72; Elsafs-Lothr. Ges. v. 21. Nov. 1875; andere Ges. b. Roth, D.P.R. § 230 Anm. 19, G. Meyer, V.R. I § 105, Höniger S. 83 Anm. 13. — Ebenso Österr. Gb. § 850, vgl. Randa, Besitz S. 255 ff. Schweiz. Ges. b. Huber III 246 ff.

[107] Dies ist nach B.G.B. § 919 unzweifelhaft; vgl. Höniger S. 45 ff. Ebenso war nach preuß. R. eine von der Grenzscheidungsklage verschiedene Grenzerneuerungsklage gegeben; Dernburg I § 216 Anm. 22; a. M. Eccius III § 182. Im gemeinen Recht suchte man durch Ausdehnung der actio finium regundorum zu helfen; Seuff. XX Nr. 33, XXVI Nr. 13, XXX Nr. 5.

Digitized by Google

markungsanspruch verschiedene Grenzscheidungsanspruch Platz, kraft dessen die Herstellung des Grenzfriedens und die Lösung etwaiger Grenzverwirrung durch ein Grenzfeststellungsurteil verlangt werden kann[108]. Läſst sich die richtige Grenze nicht ermitteln, so erfolgt die Abgrenzung nach dem Besitzstande oder, wenn dieser nicht festzustellen ist, durch Gleichteilung der streitigen Fläche[109]; insoweit jedoch das Ergebnis mit den ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Gröſse der Grundstücke, nicht übereinstimmt, ist die Grenze so zu ziehen, wie es unter Berücksichtigung dieser Umstände der Billigkeit entspricht[110]. Somit ist der heutige Grenzscheidungsanspruch ein nachbarrechtlicher Eigentumsanspruch auf Duldung staatlicher Klarstellung der verdunkelten Grenze durch rechtskräftiges Urteil[111]. Das Urteil ist deklaratorischer Natur; auch wenn die richtige Grenze nicht zu ermitteln ist, schafft es nicht eine neue Grenze, sondern stellt auf Grund gesetzlicher Vermutungen die wahrscheinliche Grenze als für wahr zu nehmende alte Grenze fest[112].

b. Das Grenzrecht begründet ferner nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnisse.

---

[108] B.G.B. § 920. Im gemeinen Rechte dient dazu die an sich auf den Fall eines Grenzstreites beschränkte actio finium regundorum; Wiederhold, Z. f. Civilr. u. Proz. XIII 35 ff., Sternberg ib. XVII 426 ff., Windscheid § 450, Dernburg, Pand. I § 229, Rönnberg S. 251 ff., Höniger S. 22 ff. Vgl. auch Bayr. L.R. II c. 2 § 13. Im Preuſs. L.R. I, 17 § 379 ff., Österr. Gb. § 851 ff. u. Sächs. Gb. § 365 wird die Grenzscheidungsklage scharf von der Abmarkungsklage unterschieden; Dernburg, Preuſs. P.R. I § 216 Z. 1, Randa a. a. O. S. 257 ff., Höniger S. 28 ff., 39 ff. Über das französ. R. vgl. Zachariae-Crome § 173 a. E., Höniger S. 37 ff. — Der Grenzscheidungsanspruch ist unverjährbar; B.G.B. § 924.

[109] B.G.B. § 920 Abs. 1. Dies stimmt sowohl mit dem älteren deut. R. (Sachsensp. III Art. 21), wie mit dem röm., preuſs., sächs. u. österr. Recht überein.

[110] B.G.B. § 919 Abs. 2. Dagegen hat das Gericht nicht mehr die gemeinrechtliche Befugnis, statt der ermittelten bisherigen Grenze eine zweckmäſsigere zu ziehen (§ 6 Inst. de off. jud. IV, 17).

[111] Der Anspruch steht nur dem Eigentümer gegen den Eigentümer zu; Biermann zu § 920 Bem. 5, Rönnberg S. 90, Meisner a. a. O. S. 27, Höniger S. 95. ff. — A. M. Planck Bem. 2, Kober Bem. 2, hinsichtlich der Aktivlegitimation auch Dernburg § 87 I.

[112] Vgl. Planck zu § 920 Bem. 4 b, Turnau-Förster zu § 920, Endemann § 71 Anm. 14, Meisner a. a. O., W. Müller S. 88. — A. M. Biermann Bem. 1, Kober Bem. II 4 c, Cosack § 210 XII, Rönnberg S. 103, Höniger S. 90 u. 103 ff.

Digitized by Google

Eine Gemeinschaft besteht vielfach in Ansehung von Grenzanlagen. Die zur Scheidung der Grundstücke bestimmten Mauern, Hecken, Planken, Gräben, Zwischenräume, Raine, Winkel und sonstigen zum Vorteil beider Grundstücke dienenden Einrichtungen können im Alleineigentum eines Nachbarn stehen. In Übereinstimmung aber mit allen neueren Gesetzbüchern stellt das B.G.B. eine Vermutung für ihre Gemeinschaftlichkeit auf[113]. Diese Vermutung fällt nur dann weg, wenn äufsere Merkmale darauf hinweisen, dafs die Einrichtung einem der Nachbarn allein gehört[114]. Ist die Einrichtung gemeinschaftlich, so überwiegt im bisherigen Recht die Auffassung, dafs eine ungeteilte Eigentumsgemeinschaft besteht[115]. Zum Teil aber wird ein durch die Grenzlinie räumlich geteiltes Eigentum mit blofser Gemeinschaft des Benutzungsrechtes angenommen[116]. Das B.G.B. erkennt nur eine Benutzungsgemeinschaft an[117]. Für die nachbarrechtliche

---

[113] B.G.B. § 921. Vgl. Preufs. L.R. I, 8 § 118 ff., 157 ff., 188; Dernburg I § 215 Z. 5. Code civ. Art. 653 ff.; Zachariae-Crome § 182; Kohler, Ges.Abh. S. 167 ff. Österr. Gb. § 854 ff.; Krainz II § 419, Randa, Eigent. I 240 ff., Besitz S. 508 ff. Sächs. Gb. § 366. Berner Gb. Art. 405 ff., Bündner § 288 ff., andere Schweiz. b. Huber III 251 ff. — Nach französ. R. kann sogar der Nachbar die Vergemeinschaftung einer Grenzmauer gegen Entschädigung erzwingen; Code civ. Art. 661. So auch nach Elsafs-Lothr. A.G. z. B.G.B. § 70. Im übrigen für Deutschland weggefallen.

[114] Ebenso Sächs. Gb. § 366. Die übrigen in der vor. Anm. angef. Gesetze enthalten sehr ins Einzelne gehende Bestimmungen darüber, welche Merkmale eine Vermutung für das Alleineigentum eines Nachbarn begründen. — Auch eine in fremdem Alleineigentum stehende Scheidewand darf der Nachbar auf seiner Seite insoweit benutzen, als dies ohne deren Beschädigung möglich ist. Dies ist im Sächs. Gb. § 368 ausdrücklich bestimmt, jedoch auch ohne besondere Gesetzesvorschrift anzunehmen. Man denke z. B. an Spaliere, Ranken, Bemalungen usw.

[115] So nach gemeinem Rechte; Windscheid § 169a Anm. 4, Dernburg, Pand. § 197 Anm. 16, Kohler a. a. O. S. 170 ff.; a. M. v. Vangerow § 342 Anm. 1, Seuff. XXI Nr. 100. Ebenso nach französ. R.; Kohler a. a. O. S. 175 ff. Desgleichen zweifellos nach Sächs. Gb. § 366 und den meisten Schweiz. Gb., Huber III 251 ff. (ebenso Schweiz. Entw. § 668). Aber auch nach österr. R.; Randa, Eigentum a. a. O. Anm. 45, Besitz a. a. O. Anm. 16 d, Pfersche a. a. O. S. 178 Anm. 4; a. M. Unger I 444 Anm. 18, Krainz a. a. O. Anm. 2. Und wohl auch nach Preufs. L.R.; vgl. Rehbein zu I, 8 § 135; a. M. Dernburg I § 215 Anm. 15. — Über den Ausschlufs der Teilungsklage bei diesem Miteigentum vgl. oben § 122 Anm. 61 S. 389.

[116] So in manchen Bayr. Stat.; Roth, Bayr. C.R. § 120 Anm. 22. Ferner im revid. Lüb. R. III, 12 Art. 4. Nach der herrschenden Meinung auch im preufs. R.; vgl. die vorige Anm.

[117] B.G.B. § 921: „so wird vermutet, dafs die Eigentümer der Grund-

Digitized by Google

Gemeinschaft gelten besondere Rechtssätze, die das gewöhnliche Gemeinschaftsrecht im Sinne eines auf immerwährende Dauer angelegten Verhältnisses abwandeln[118].

Auch an einem Baume oder Strauche, der auf der Grenze steht, besteht eine nachbarrechtliche Gemeinschaft, die von den meisten Gesetzbüchern als ungeteilte Eigentumsgemeinschaft aufgefaſst wird[119], während das B.G.B. nach dem Vorbilde des römischen Rechts ein nach der Grenzlinie geteiltes Eigentum annimmt und nur an den Früchten und nach der Fällung des Baumes am Holze jedem Nachbarn einen gleichen Anteil zuweist[120]. Nach

---

stücke zur Benutzung der Einrichtung gemeinschaftlich berechtigt seien." Damit wird jedoch gemäſs E.G. Art. 181 das auf Grund des bisherigen Rechtes bestehende Miteigentum nicht beseitigt; vgl. oben § 122 Anm. 61 S. 389; a. M. R.Ger. LIII Nr. 78.

[118] Nach dem B.G.B. § 922 kann jeder Nachbar die gemeinsame Scheideanlage zu dem Zwecke, der sich aus ihrer Beschaffenheit ergibt, insoweit benutzen, als nicht die Mitbenutzung des Andern beeinträchtigt wird; die Unterhaltungskosten sind gemeinsam zu tragen; eine Beseitigung oder Änderung darf, solange ein Nachbar an dem Fortbestande der Einrichtung ein Interesse hat, nicht ohne dessen Zustimmung erfolgen; im übrigen gelten die allgemeinen Regeln der Gemeinschaft. — Die anderen Gesetzbücher enthalten genauere Bestimmungen. Nach Preuſs. L.R. I, 8 § 135 ff., Österr. Gb. § 885 u. Sächs. Gb. § 367 hat jeder Nachbar das Benutzungsrecht an einer Scheidemauer nur bis zur Hälfte ihrer Dicke (z. B. mit Vorbehalt besonderer Beschränkungen hinsichtlich der Anlage von Wandschränken und Nischen, Schornsteinen usw.), dagegen an Rainen und Zwischenräumen im Ganzen. Am eingehendsten regelt der Code civ. Art. 653 sq. das „droit de mitoyenneté"; Kohler a. a. O. S. 180 ff., Zachariae-Crome § 182. Durch das B.G.B. sind diese Vorschriften beseitigt. Doch ist das in Code civ. Art. 658—660 jedem Nachbar gewährte Recht, eine gemeinsame Scheidemauer in ihrer ganzen Dicke zu erhöhen, als besonderes Nachbarrecht in veränderter Gestalt von mehreren A.G. z. B.G.B. aufgenommen. Vgl. Preuſs. A.G. Art. 23 für die Gebiete des rhein. Rechts, dazu Stranz u. Gerhard, Komm. S. 175 ff.; Bad. Art. 13; Elsaſs-Lothr. § 71. Ähnlich auch für die bisher nicht vom französ. R. beherrschten Landesteile Bayr. Art. 68—69, Hess. Art. 82, auch Anhalt. Art. 34 und Brem. § 24.

[119] Preuſs. L.R. I, 9 § 286; Förster-Eccius § 173 Anm. 44; a. M. Dernburg I § 215 Anm. 25. Code civ. Art. 673 (in der veränderten Fassung des Ges. v. 1881 Art. 670). Österr. Gb. § 421. Sächs. Gb. § 361 („Miteigentum zu gleichen Teilen"). Schweiz. G. b. Huber III 253 u. 260. Vgl. Ortloff, Arch. f. b. R. XVII 266 ff.

[120] B.G.B. § 923 Abs. 1 u. 3; Ortloff a. a. O. S. 284 ff. Über das röm. R. vgl. l. 19 pr. D. de comm. div. 10, 3, Hesse a. a. O. § 111, Kohler a. a. O. S. 167 ff. — Überhangs- und Überfallsrecht gilt hier nicht. Jeder Nachbar kann über seinen Baumteil einseitig nur insoweit verfügen, als dies für den ganzen Baum unschädlich ist. Abgetrennte oder abgefallene Zweige und Früchte fallen ins Miteigentum.

Digitized by Google

dem B.G.B. kann aber jeder Nachbar, falls nicht etwa der Baum als Grenzzeichen dient und als solches nicht in zweckmäſsiger Weise ersetzt werden kann, die Beendigung dieser Gemeinschaft durch Beseitigung des Baumes verlangen[121]. Doch bleibt abweichendes Landesrecht für Obstbäume und bis zur nächsten Verjüngung des Waldes auch für Waldbäume vorbehalten[122].

11. Besondere nachbarrechtliche Eigentumsschranken begründet das Wasserrecht, das der natürlichen Gemeinschaft, die das bewegliche Wasser zwischen den Grundstücken herstellt, rechtlichen Ausdruck verleiht[123].

12. Auch dem Bergrecht gehört ein eigentümlich gesteigertes Nachbarrecht an.

§ 127. Erwerb und Verlust des Grundeigentums.

I. Ursprünglicher Erwerb. Bei den Germanen wie bei allen Völkern war die älteste Erwerbsart von Grundeigentum die Landnahme durch Aneignung von herrenlosem Lande, an dem entweder noch niemals Eigentum bestanden hatte oder das bisherige Eigentum durch Aufgabe oder kriegsrechtliche Verwirkung erloschen war. Die Landnahme aber erfolgte in der germanischen Vorzeit durch Volksgesamtheiten und erzeugte daher regelmäſsig unmittelbar nur Volkseigentum, während das Eigentum der engeren Verbände an den Sondermarken und der Einzelnen an den Hufen erst durch Zuteilung entstand[1].

Nach der Ansiedlung blieb innerhalb der Landesgrenzen für ein freies Landnahmerecht kein Raum, da es völlig herrenloses Land hier nicht gab, vielmehr das noch unbebaute Land als

---

[121] B.G.B. § 923 Abs. 2. Die Kosten sind gemeinsam zu tragen, jedoch ganz von dem die Beseitigung verlangenden Nachbar zu übernehmen, wenn der andere ihm den ganzen Baum überläſst.

[122] E.G. Art. 122, 183. Vgl. Meckl. A.V. § 182 (179), Braunschw. A.G. § 47, Kob.-Goth. Art. 24 § 10. Das Altenb. A.G. § 71 hebt abweichendes bisheriges Recht auf.

[123] Entw. I hatte in § 856 eine der actio aquae pluviae arcendae nachgebildete Vorschrift aufgenommen; das B.G.B. überläſst die Regelung der Vorflut als Bestandteil des Wasserrechts dem Landesrecht. Die A.G. z. B.G.B. f. Sondersh. Art. 31 § 1 u. Reuſs ä. L. § 97 regeln die Vorflut im Nachbarrecht. Vgl. auch A.G. f. Birkenfeld § 24, f. Elsaſs-Lothr. § 59. In den A.G., die das bisherige Nachbarrecht aufheben, wird das wasserrechtliche Nachbarrecht ausgenommen; Weim. § 117, Altenb. § 74, Meining. Art. 15 § 3, Rudolst. Art. 73, Sondersh. Art. 31 § 8.

[1] Vgl. oben § 114 I.

Digitized by Google

Allmende einer Gemeinde oder als Volksland dem Volke und später dem Könige gehörte[2] und das zu Sondereigentum verteilte Land, falls es des Sonderrechts ledig wurde, an die Gemeinde oder an das Volk oder den König heimfiel[3]. Dagegen flofs aus dem Anteilsrechte des einzelnen Markgenossen an der Benutzung der Allmende ein Recht der Erarbeitung von Sondereigentum durch Urbarmachung von Allmendboden, das erst allmählich genossenschaftlichen Beschränkungen unterworfen und schliefslich überall an die Bewilligung der Gemeinde gebunden wurde[4]. Ein gleiches Rodungsrecht stand ursprünglich auf Volksland jedem Volksgenossen zu[5], konnte aber seit der Umwandlung des Volkslandes in Königsland und jedenfalls schon in fränkischer Zeit nur mit Genehmigung des Königs ausgeübt werden. Ebenso wurde die Verfügung über verlassenes Land dem Könige vorbehalten. So erschien im fränkischen und später im deutschen Reich alles Land, das keinen anderen Eigentümer hatte, als Eigentum des Königs[6]. In Deutschland ging dann aber dieses Recht gleich anderen nutzbaren Rechten des Königs auf die Landesherrn über und entfaltete sich zu einem besonderen Regal.

Nach der Aufnahme der fremden Rechte wurde der römischrechtliche Satz, dafs herrenlose Grundstücke der freien

---

[2] Dem Sondereigentum gegenüber berührt sich freilich die Vorstellung des gemeinen mit der des herrenlosen Landes, und durchweg erscheint im Mittelalter das Eigentum am unbebauten Lande als ein inhaltlich schwächeres Recht; allein überall, wo es darauf ankommt, tritt doch die Auffassung zutage, daß Eigentum besteht. Vgl. Gierke, Gen.R. II 144 ff.

[3] Der Heimfall erfolgt stets von Rechts wegen und läßt so wenig wie der Erbgang für einen Zwischenzustand der Herrenlosigkeit Raum.

[4] Vgl. oben Bd. I 580 Anm. 9.

[5] Beseler, Neubruch S. 16, 18 ff.; Gierke a. a. O. S. 149.

[6] Vgl. für die fränkische Zeit Roth, Benefizialwesen S. 69 ff., v. Inama-Sternegg, Wirtschaftsgesch. I 281 ff., Waitz, V.G. IV 136 ff., Schröder, Z. f. R.G. XV 62 ff., D. R.G. S. 204 ff., Brunner, R.G. I 205, II 75; für das deutsche Reich Beseler, Z. f. R.G. II 402 ff., Neubruch S. 15 ff., Schröder, R.G. S. 517 ff., Stobbe-Lehmann II § 122 Anm. 3. — Brunner spricht von bloßem „Aneignungsrecht" des Königs. Allein der König verfügt ohne vorherigen Besitzergreifungsakt. Auch bezeichnen die Quellen das unbebaute Land niemals als herrenlos, oft aber als Eigentum des Königs. Vgl. Urk. Heinrichs II. v. 1018 b. Boehmer, Acta Imperii I Nr. 41: der König schenkt einem Kloster quandam silvam inviam et incultam et ob hoc nostrae proprietati deputatam. Ebenso heißt es im Altenburger Stadtr. v. 1256 § 24 bei Gengler S. 7 vom verlassenen Lande: potestati Imperii hec proprietas asscribetur.

Digitized by Google

Okkupation offenstehen, als gemeines Recht betrachtet[7]. Allein in den meisten Landesrechten wehrte ihm fortbestehendes deutsches Recht den Eingang. Überwiegend erhielt sich das Regal, wurde aber unter dem Einflusse des römischen Rechtes meist aus einem die Herrenlosigkeit ausschliefsenden staatlichen Eigentum in ein die Herrenlosigkeit voraussetzendes fiskalisches Aneignungsrecht verwandelt[8]. Dem Regal gegenüber behauptete sich jedoch vielfach das Eigentum der Gemeinde an den in Niemandes Sondereigentum stehenden Grundstücken innerhalb der Gemeindemarkung[9], im östlichen Preufsen das mit dem Rittergute verbundene ehemalige grundherrliche Eigentum an den Niemand sonst gehörigen Stücken der Dorfflur (Auenrecht)[10].

Das bürgerliche Gesetzbuch kennt herrenlose Grundstücke[11]. Es bricht aber mit der römischen Okkupationsfreiheit, so dafs der Erwerb des Eigentums an einem herrenlosen Grundstücke nur noch auf Grund eines besonderen Aneignungsrechts stattfinden kann. Das Aneignungsrecht gebührt nach Reichsrecht dem Fiskus des Einzelstaates, in dessen Gebiet das Grundstück liegt, kann aber vom Landesrecht einer bestimmten anderen Person zugeschrieben werden[12]. Der Eigentumserwerb erfolgt nicht durch Besitznahme, sondern dadurch, dafs der Aneignungsberechtigte

---

[7] Doch drang diese Auffassung erst in neuerer Zeit allgemein durch, während früher meist das Regal für gemeinrechtlich gehalten wurde; vgl. Maurenbrecher, D.P.R. I § 189 I.

[8] So nach Bayr. Mand. v. 1762, vgl. Kreittmayr, Anm. zu Bayr. L.R. II, 1 § 7 u. II, 3 § 5, Roth, Bayr. C.R. I § 36 Anm. 44—45; nach Preuſs. A.L.R. II, 16 § 8—14, vgl. Dernburg I § 228 Anm. 6—9; nach Sächs. Gb. § 294 (wie erbloses Gut). Dagegen gilt nach Code civ. Art. 539 u. 713 unmittelbares Staatseigentum; ebenso nach Schweizer. Gesetzbüchern, vgl. Huber III 15 ff.

[9] Vgl. oben Bd. I 604 Anm. 6; für Preufsen Erk. des O.Trib. v. 1821 b. Simon, Rechtssprüche I 236; für München Tinsch, Stadtr. v. München S. 5 ff.

[10] Vgl. Dernburg I § 228 Anm. 11; Entsch. des Preuſs. O.Trib. LXXXII 59 ff., des Preuſs. O.V.G. V Nr. 20.

[11] Als solche erwähnt es in § 928 nur die durch eingetragenen Verzicht derelinquierten Grundstücke. Das E.G. Art. 190 stellt aber diesen in Ansehung des Eigentumserwerbes alle Grundstücke gleich, die zu der Zeit herrenlos sind, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Dazu gehören sowohl die noch niemals im Eigentum gewesenen wie die früher verlassenen Grundstücke.

[12] B.G.B. § 928 Abs. 2, E.G. Art. 129 u. 190. Die Rechte der Gemeinden und der Gutsherrn (oben Anm. 9—10) bleiben also unberührt.

Digitized by Google

sich als Eigentümer eintragen läfst. In dem zur Eintragung erforderlichen Antrage liegt die Erklärung des Aneignungswillens[13].

Ein ursprünglicher Erwerb von liegenschaftlichem Eigentum ohne Vermittlung eines Bucheintrages bleibt auf den dem Landesrechte vorbehaltenen Gebieten möglich. Insbesondere gelten die in den einzelnen Ländern sehr verschiedenartig ausgebildeten Regeln des Wasserrechts über die Rechtsverhältnisse an entstehenden Inseln, verlassenen Flufsbetten und Anlandungen fort[14]. Hiervon ist im Wasserrecht zu handeln. An dieser Stelle sei nur bemerkt, dafs an solchem vom Wasser hergegebenen Neulande die Eigentumsverhältnisse auf dreierlei Weise geordnet sind, indem bald daran bisheriges Eigentum, das nur einen neuen Inhalt empfängt, fortgesetzt wird[15], bald vielmehr das Eigentum von Rechts wegen den Ufereigentümern zuwächst[16], bald das Land als herrenlos gilt, jedoch einem ausschliefslichen Aneignungsrechte der Ufereigentümer unterliegt[17]. Eine andere ursprüngliche Erwerbsart bleibt die Verleihung des Bergwerkseigentums.

II. Übertragung. Da von der Geschichte der liegenschaftsrechtlichen Übereignung und den für sie wie für andere rechtsgeschäftliche Änderungen der dinglichen Rechtslage geltenden allgemeinen Sätzen des modernen Grundbuchrechts bereits die Rede war[18], haben wir hier nur noch einen Blick auf den Abschlufs der Entwicklung und die Besonderheiten der Eigentumsübertragung zu werfen.

---

[13] Die Aneignung vollzieht sich also durch eine einseitige, empfangsbedürftige, einer Behörde gegenüber abzugebende Willenserklärung und deren buchmäßige Beurkundung. — Die Meinung von Dernburg, B.R. § 95 III. daß es in Preußen, weil das Regal fortbestehe, keiner Eintragung bedürfe, ist unhaltbar; Biermann zu § 928 Bem. 5.

[14] E.G. Art. 65.

[15] Dies ist nicht nur der Fall, wenn Privatgewässer in Frage stehen, sondern muß auch überall da angenommen werden, wo aus dem Eigentum des Staates an öffentlichen Flüssen ein vorbehaltenes Staatseigentum an neuen Inseln, dem verlassenen Bette oder sogar an Anlandungen gefolgert wird. Vgl. vorläufig Stobbe-Lehmann II § 122 Anm. 16—18 u. 23.

[16] Dies ist die gemeinrechtliche Regel, gilt auch nach Sächs. Gb. § 283, desgleichen bei Anlandungen und verlassenen Flußbetten nach Preuß. L.R. I, 9 § 227 u. 270.

[17] So neue Inseln in einem öffentlichen Flusse nach Preuß. L.R. I, 9 § 244 ff.

[18] Oben § 117—120.

Digitized by Google

Nach heutigem bürgerlichen Recht erfolgt die rechtsgeschäftliche Übereignung eines Grundstücks oder einer grundstücksgleichen Gerechtigkeit durch die Einigung der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung in das Grundbuch; die Einigung aber ist hier nicht formfrei, sondern mufs in Form der Auflassung vollzogen sein. Hiermit ist das schon bisher in Preufsen (aufser Nassau und Helgoland)[19] und in einer Reihe anderer Staaten[20] durchgeführte System verallgemeinert, während die übrigen in Deutschland geltenden Rechte eine tiefgreifende Umgestaltung erfahren haben.

Die Eigentumsübertragung fordert Eintragung. Weggefallen ist somit die gemeinrechtliche, zuletzt noch im rechtsrheinischen Bayern, in Württemberg und für gewisse Güter in Mecklenburg festgehaltene Übereignung durch Tradition[21]; die Erlangung des Besitzes ist für den Eigentumserwerb bedeutungslos[22]. Weggefallen ist ebenso die französischrechtliche Übereignung durch blofsen Veräufserungsvertrag, die in Baden, Rheinbayern, Rheinhessen und Elsafs-Lothringen fortbestand[23]; der Veräufserungsvertrag erzeugt lediglich einen persönlichen Anspruch auf Auflassung[24]. Weggefallen ist endlich auch die deutschrechtliche Übereignung durch blofse Auflassung oder einen ihr verwandten gerichtlichen Akt, wie sie sich in Bremen und einigen thüringischen

---

[19] Oben § 117 Anm. 97—98.

[20] Oldenburg, Braunschweig, Koburg-Gotha, Schwarzburg-Sondershausen, Schaumburg-Lippe, Waldeck; oben § 117 Anm. 99.

[21] In Bayern und Württemberg war jedoch außerdem ein formgerechter Veräußerungsvertrag erforderlich. Oben § 117 Anm. 70—71.

[22] Die Übergabe auf Grund gehöriger Veräußerung verschafft kein Eigentum und keinerlei dingliche Rechtsstellung gegen Dritte; der Erwerber erlangt aber nicht nur den Besitzschutz, sondern hat auch gegen den Eigentumsanspruch des Veräußerers stets die exceptio rei venditae et traditae, die das preufsische Recht dem eingetragenen Eigentümer gegenüber versagte; oben § 119 Anm. 100; Dernburg, B.R. III § 92. Umgekehrt geht durch Auflassung und Eintragung das Eigentum über, wenn auch der Besitz beim Veräußerer zurückbleibt oder ein Dritter im Besitz ist.

[23] Freilich mit mancherlei Abschwächungen; oben § 117 Anm. 83, 86 bis 88.

[24] Der Vertrag bedarf gerichtlicher oder notarieller Beurkundung; B.G.B. § 313 (mit den nach E.G. Art. 142 zulässigen landesrechtlichen Abweichungen); vgl. K. Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag, Stuttgart 1904. Der Anspruch auf Auflassung ist vererblich, übertragbar und pfändbar (wie im Preufs. R., vgl. Dernburg I § 241 Anm. 6 u. 8). Gegen Dritte wirkt er nur, wenn er durch Vormerkung gesichert ist.

Digitized by Google

Staaten (Weimar, Meiningen, Schwarzburg-Rudolstadt) behauptet hatte[25]; die Auflassung ohne Eintragung überträgt kein Eigentum, sondern begründet nur für die Beteiligten eine dingliche Gebundenheit, kraft deren der Veräufserer dem Erwerber gegenüber das Verfügungsrecht über sein Eigentum einbüfst und der Erwerber dem Veräufserer gegenüber eine einseitige Aneignungsmacht erlangt[26].

Zur Eigentumsübertragung ist aufser der Eintragung die Einigung der Beteiligten über den Eigentumsübergang in Form der Auflassung erforderlich. Weggefallen ist damit einerseits der von der Gültigkeit des Übereignungsgeschäfts unabhängige Eigentumserwerb durch Eintragung, wie ihn die Gesetze von Sachsen, Mecklenburg, Anhalt, Hamburg und Lübeck in dem Umfange der von ihnen dem Bucheintrage zugeschriebenen formellen Rechtskraft kannten[27]. Die Eintragung ohne wirksame Auflassung verschafft nicht Eigentum, sondern nur das dem buchmäfsigen Schein des Eigentums entsprechende Formalrecht[28]. In Wegfall kommt aber andererseits die sachenrechtliche Bedeutung des Veräufserungsvertrags, wie sie in Altenburg, beiden Reufs, Hessen rechts des Rheins, Nassau und Lippe, aber auch in Sachsen und Anhalt anerkannt blieb[29]. Die Auflassung ist vielmehr ein selbständiger dinglicher Vertrag, der zusammen mit der Eintragung den Eigentumsübergang bewirkt, wenn es auch an einem formgerechten Veräufserungsvertrage fehlt oder der Veräufserungsvertrag wegen innerer Mängel unwirksam ist[30]. Ja, es werden sogar durch Auf-

[25] Oben § 117 Anm. 76 u. 93.

[26] Die Auflassung ist stets eine im Sinne des B.G.B. § 873 Abs. 2 bindende Einigung, aber auch nur eine solche; sie erzeugt keinen Anspruch und hindert den Veräufserer nicht an anderweiter Verfügung über das ihm immer noch zustehende Eigentum; oben § 119 Anm. 38 u. 41. Trotz vollzogener Auflassung kann daher ein Dritter durch frühere Eintragung auf Grund einer zweiten Auflassung noch das Eigentum erwerben. Ebenso ist zwischen Auflassung und Eintragung noch eine Belastung des Grundstücks durch den Auflassenden möglich; R.Ger. LV Nr. 86. Der Erwerber kann aber, da in der Auflassungserklärung eine Eintragungsbewilligung enthalten ist (Rechtspr. der O.L.G. V 420, K.Ger. XXIV S.A 231), durch einseitigen Antrag die Eintragung und damit den Eigentumsübergang herbeiführen; Grdb.O. § 13, 19, 20. Auch ist noch nach der Auflassung die Sicherung des Anspruchs aus dem Veräufserungsvertrage durch eine Vormerkung zulässig.

[27] Oben § 119 Anm. 35.

[28] Oben § 119 Anm. 36, 50 ff., 98 ff., 103 ff., 124.

[29] Oben § 118 Anm. 44, § 119 Anm. 37.

[30] Oben § 119 Anm. 48; Gutbrod a. a. O. (oben Anm. 24) S. 37 ff.

Digitized by Google

lassung und Eintragung alle Formmängel des Veräufserungsvertrages geheilt, so dafs der wegen Verabsäumung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nichtige Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig wird[31]. Doch kann, während nach Reichsrecht irgendeine behördliche Prüfung des obligationenrechtlichen Titels nicht stattfindet, durch Landesgesetz das Grundbuchamt verpflichtet werden, die Auflassung nur nach Vorlegung des formgerechten Veräufserungsvertrages entgegenzunehmen[32]. Dadurch wird dann zwar an der ausschliefslichen und selbständigen Wirksamkeit des abstrakten dinglichen Vertrages nichts geändert, tatsächlich aber, solange das Grundbuchamt ordnungsmäfsig verfährt, die Eigentumsübertragung von dem Abschlufs eines gehörigen Veräufserungsvertrages abhängig gemacht[33].

Die Besonderheiten der Eigentumsübertragung gegenüber sonstigen rechtsgeschäftlichen Änderungen der Rechte an Grundstücken beruhen somit im heutigen Recht auf der Formalisierung des dinglichen Vertrages in Gestalt der Auflassung. Die Auflassung besteht in der bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile mündlich vor dem Grundbuchamte erklärten Willenseinigung des Veräufserers und des Erwerbers über den Eigentumsübergang[34].

---

[31] B.G.B. § 313 Abs. 2 (wie Preufs. E.E.G. § 10); vgl. bes. Schollmeyer zu § 313 Bem. 2 u. 3, Gutbrod a. a. O. S. 110 ff. Die Heilung wirkt nicht zurück; Planck Bem. 4, Gutbrod S. 116 ff.; a. M. Schollmeyer Bem. 3. Sie erstreckt sich aber auf den gesamten im Augenblick der Auflassung laut ausdrücklicher oder stillschweigender Erklärung gewollten Vertragsinhalt; Turnau-Förster Bem. 9, Gutbrod S. 119 ff. Auch mündliche oder einfach schriftliche Nebenabreden eines formgerechten Vertrages werden wirksam; Seuff. LV Nr. 130, LIX Nr. 194. Doch setzt die Heilung voraus, dafs der Gegenstand der Übereignung sich mit dem Gegenstande der Veräufserung deckt; Gutbrod S. 111 ff., Rspr. d. O.L.G. III 93, VI 43. Darum wird auch ein formloser Tauschvertrag über Grundstücke noch nicht durch Übereignung des einen Grundstücks geheilt; R.Ger. LVI Nr. 94.

[32] Grdb.O. § 98. Die Anordnung ist nur als Sollvorschrift zulässig. Als solche ist sie ergangen in dem A.G. z. Grdb.O. f. Bayern Art. 12, Elsafs-Lothr. § 14, Schaumb. § 12, Reufs ä. L. § 10, Bremen § 9.

[33] Unrichtig meint Planck, Bem. 11 zu § 925, das Grundbuchamt könne trotzdem die Auflassung dann nicht verweigern, wenn eine formgerechte Urkunde überhaupt nicht aufgenommen sei. Damit wäre der Vorbehalt wertlos.

[34] B.G.B. § 925 Abs. 1 (die Fassung ist ungenau; die Klammer mit „Auflassung" hätte an den Schlufs gehört). Besondere Worte sind nicht vorgeschrieben. Es genügen Erklärungen, die den Willen, Eigentum zu übertragen und zu erwerben, ersichtlich machen. Daher ist auch eine Auflassung in der bisherigen preufsischrechtlichen Form (vgl. unten Anm. 40) wirksam; R.Ger. LIV Nr. 98. — Die Übereignungserklärung wird nach C.Pr.O. § 894

Digitized by Google

Das Landesrecht kann jedoch die Auflassung vor einem Gericht oder Notar oder einer anderen Behörde oder einem anderen Beamten gestatten[35], auch bei einer Veräufserung im Wege gerichtlicher oder notarieller Versteigerung, falls die Auflassung noch im Versteigerungstermin stattfindet, von der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile absehen[36]. Eine Vertretung der Beteiligten durch Bevollmächtigte ist zulässig[37]. Die Auflassung verträgt

---

durch die Verurteilung zu ihrer Abgabe ersetzt. Der andere Teil hat aber dann noch unter Vorlegung des Urteils die ergänzende Erklärung an gehöriger Stelle abzugeben.

[35] E.G. Art. 143 Abs. 2. In Preufsen ist nur in den Gebieten des rheinischen Rechts neben dem Grundbuchamt jedes andere preufs. Amtsgericht und jeder preufs. Notar (im Falle der Ermächtigung durch K.Verordnung auch andere deut. Gerichte oder Notare) zuständig; A.G. z. B.G.B. Art. 26 § 1. Allgemein werden durch das Hess. A.G. zur Grdb.O. Art. 9 jedes hess. Amtsgericht und jeder hess. Notar, durch die Mecklenb. A.V. z. B.G.B. § 104 (Strelitz § 102) jedes mecklenb. Amtsgericht und jeder mecklenb. Notar, durch das A.G. z. Grdb.O. f. Sachsen § 13 und die A.G. z. B.G.B. f. Oldenburg § 38, Weimar § 98, Meiningen Art. 14, Anhalt Art. 46, Rudolst. Art. 63, Reufs j. L. § 50 u. Lübeck § 64 jedes deutsche Amtsgericht und jeder deutsche Notar für zuständig erklärt. Die Auflassung vor einem einheimischen Notar ist nach Bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 81, Bad. A.G. z. Grdb.O. § 15, Brem. A.G. z. B.G.B. § 17 u. Elsafs-Lothr. A.G. z. Grdb.O. § 12 zulässig. In Württemb. kann nach A.G. z. B.G.B. Art. 34 die Auflassung vor dem Grundbuchamt oder dem Ratsschreiber (ausgenommen nach Art. 35 bei standesherrlichen und ritterschaftlichen Gütern) stattfinden. Nach Weimar. A.G. § 100 u. Meining. A.G. a. a. O. kraft Ermächtigung des Grundbuchamts auch vor dem Gemeindevorstand, in Weimar auch vor dem Gerichtsschreiber (§ 98—99). Die Meckl. A.V. a. a. O. lassen auch die Auflassung vor der Flurbehörde, der Ansiedelungskommission, der Nachlafsbehörde und der Vormundschaftsbehörde, das Meining. A.G. a. a. O. vor dem Bergamt und der Auseinandersetzungsbehörde, das Hess. A.G. Art. 10 und das Bad. § 16 vor dem Nachlafsgerichte zu; vgl. auch Hess. A.G. z. B.G.B. Art. 270. Vielfach sind auch die Enteignungsbehörden zuständig: vgl. unten § 128 Anm. 140. — Nach den angef. Ges. f. Preufsen, Elsafs-Lothringen, Weimar, Anhalt, Rudolstadt u. Reufs j. L. und nach Meining. A.G. z. Grdb.O. Art. 20 kann stets jeder Teil die Auflassung vor dem Grundbuchamte verlangen.

[36] E.G. Art. 143 Abs. 2. So nach Preufs. A.G. z. B.G.B. Art. 26 § 2 für die Gebiete des rhein. Rechts (entsprechend dem Ges. v. 14. Juli 1893 Art. III § 5 a), Bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 82, den A.G z. Grdb.O. f. Baden § 15 Abs. 2 und Elsafs-Lothringen § 13, den A.G. z. B.G.B. f. Oldenburg-Birkenfeld § 39, Meiningen Art. 14 § 4, Reufs j. L. § 18, Bremen § 18.

[37] Vgl. Grdb.O. § 31. Für das preufs. R. Dernburg, Preufs. P.R. I 586. — Mangel der Vertretungsmacht wird durch Genehmigung geheilt; das Grundbuchamt darf erst eintragen, wenn ihm die Genehmigung nach Grdb.O. § 29 nachgewiesen ist; K.Ger. XXII S.A 146.

Digitized by Google

weder Bedingung noch Befristung; erfolgt sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung, so ist sie unwirksam[38]. Das Eigentum an einem Grundstücke kann daher nur sofort und für immer übertragen werden; jedes anwartschaftliche und jedes rückfällige Eigentum ist ausgeschlossen. Doch kann sowohl der persönliche Anspruch auf Eigentumserwerb aus einer aufschiebend bedingten oder befristeten Veräufserung, wie der persönliche Anspruch auf Rückerwerb aus einer auflösend bedingten oder befristeten Veräufserung durch Eintragung einer Vormerkung dinglich gesichert werden[39].

Die Auflassung als solche enthält im Gegensatz zum preufsischen Recht, nach dem die Eintragungsbewilligung des Veräufserers und der Eintragungsantrag des Erwerbers den wesentlichen Inhalt der Auflassungserklärung bildeten[40], nur die Willenseinigung über die Rechtsänderung, dagegen noch nicht die zu ihrem Vollzuge erforderlichen Erklärungen zum Grundbuch. Es bedarf daher aufser der Auflassung zwar keiner besonderen Eintragungsbewilligung[41], wohl aber eines Eintragungsantrages[42]. Erst durch den Antrag wird die Auflassung, wennschon die Beteiligten bereits vorher einander gebunden sind, zu dem Grundbuch in Beziehung gesetzt und Dritten gegenüber grundbuchrechtlich verfestigt[43]. Erfolgt die

---

[38] B.G.B. § 925 Abs. 2 (Entw. I § 871 wollte nur die aufschiebende, nicht die auflösende Bedingung oder Befristung ausschliefsen und kannte daher die Eintragung eines Eigentumsrückfallsrechts). — Die Unzulässigkeit bedingter oder befristeter Auflassung entspricht dem bisherigen Recht; Stobbe-Lehmann II § 107 Z. 4, Dernburg I 582. — Durch das Preufs. A.G. z. B.G.B. Art. 25 wird ein im Gebiet des rheinischen Rechts begründetes rückfälliges Eigentum in einen Anspruch auf Rückübertragung und Befreiung von Zwischenbelastungen, dessen dingliche Sicherung durch Vormerkung verlangt werden kann, verwandelt. Ebenso Bayr. Überg.-Ges. Art. 39, Liegenschaftsges. für die Pfalz Art. 17, Hess. Ges. betr. Anlegung des Grundbuchs Art. 44.

[39] Oben § 119 XI 1. — Ob der Vorbehalt des Eigentums bis zur Zahlung des Kaufpreises nur die Einräumung eines Pfandtitels bedeutet, wie dies bisherige Gesetze bestimmten (Preufs. E.E.G. § 20, Sächs. Gb. § 292, Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 28), oder etwa einen vorzumerkenden Anspruch auf Rückübereignung bei Zahlungsverzug begründet, ist nach dem B.G.B. Auslegungsfrage. Vgl. Bayr. Überg.G. Art. 39.

[40] Preufs. E.E.G. § 2; Dernburg, Preufs. P.R. I 581 ff., 588. Darüber, dafs eine derartige Fassung auch heute genügt, vgl. oben Anm. 34.

[41] Diese ist stets in der Übereignungserklärung enthalten; oben Anm. 26.

[42] Der Antrag kann vom Veräufserer oder vom Erwerber gestellt werden; Grdb.O. § 13. Im Falle der notariellen Auflassung gilt der Notar als ermächtigt, den Antrag zu stellen; Grdb.O. § 15.

[43] Nun und nun erst wird nach B.G.B. § 878 die Wirksamkeit der Über-

Digitized by Google

Auflassung vor dem Grundbuchamt, so wird der Antrag regelmäfsig mit der Auflassung verbunden werden und sogar ohne ausdrückliche Formulierung in den Auflassungserklärungen zu finden sein[44]. Ist dagegen die Auflassung vor einem Notar oder sonst an anderer Stelle als vor dem Grundbuchamt vollzogen, so ist der Antrag notwendig auch äufserlich und zeitlich von der Auflassung losgelöst[45].

Der Eigentumsübergang erfolgt, falls eine gültige Auflassung vorangegangen ist, mit dem Augenblicke der Eintragung und kann nicht auf einen früheren Zeitpunkt zurückgezogen werden[46]. Ist dagegen der Erwerber zur Zeit der Auflassung schon unrichtig als Eigentümer eingetragen, so erwirbt er das Eigentum mit der Auflassung[47].

---

eignungserklärung von dem Eintritt einer Verfügungsbeschränkung unabhängig, so dafs z. B., wenn der Auflassende in Konkurs verfällt, das Grundstück nicht mehr zur Konkursmasse gezogen werden kann. Nun erst tritt nach B.G.B. § 892 Abs. 2 der Eigentumserwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ein, wenn auch der Erwerber nachträglich erfährt, dafs der Veräufserer nicht Eigentümer war. Nun erst wird das Recht aus der Auflassung gegen fernere Verfügungen des Eigentümers durch die dem Grundbuchamt auferlegte Pflicht geschützt, später beantragte Eintragungen, die das Eigentum betreffen, nicht vorzunehmen, bevor der Antrag erledigt oder doch das Recht des Erwerbers durch die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs gesichert ist (Grdb.O. § 17—18).

[44] Dies nimmt die Praxis an; Rechtspr. der O.L.G. V 420, K.Ger. XXIV S.A 231. Wenn also das Grundbuchamt ordnungsmäfsig verfährt, ist (wie bisher in Preufsen, vgl. Dernburg, Preufs. Hyp.R. I 285 ff.) der Erwerber schon durch die Auflassung gegen fernere buchmäfsige Verfügungen des Veräufserers gesichert. Trägt aber das Grundbuchamt eine solche Verfügung vor der Eintragung des Erwerbers ein, so hat dies sachenrechtlichen Erfolg; oben Anm. 26.

[45] Hier drohen also auch bei ordnungsmäfsigem Verfahren des Grundbuchamts in der Zwischenzeit dem Recht aus der Auflassung die oben Anm. 26 bezeichneten Gefahren. Der Notar ist daher verpflichtet, den Antrag ungesäumt zu stellen. So ausdrücklich Mein. A.G. z. Grdb O. Art. 20, Brem. A.G. z. B.G.B. § 17.

[46] Für das preufs. R. wurde Rückwirkung auf die Zeit der Auflassung angenommen; Achilles S. 78 ff., Dernburg I 582 ff., Eccius III § 178 Anm. 49; R.Ger. XXVIII Nr. 79. Hiervon kann nach dem B.G.B. nicht die Rede sein. Aber auch eine Rückziehung auf den Zeitpunkt des Antrags findet nicht statt.

[47] B.G.B. § 873 Abs. 1. So auch, wenn eine frühere nichtige Auflassung wiederholt wird. Wird dagegen eine frühere nur einstweilen unwirksame Auflassung nach der Eintragung wirksam, indem z. B. die fehlende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, des Ehemanns, der Ehefrau usw. erklärt wird

Digitized by Google

Der Eigentumserwerb durch Auflassung und Eintragung tritt, wenn der Auflassende Eigentümer war, unabhängig davon ein, ob er oder auch nur sein Rechtsvorgänger im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist[48]. War aber der Auflassende oder sein Rechtsvorgänger als Eigentümer eingetragen, so wird insoweit, als dem Erwerber der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugute kommt, auch durch den Nichteigentümer Eigentum übertragen[49].

Abweichende Formen der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Grundeigentum bleiben nach Anlegung des Grundbuchs noch kraft reichsrechtlich zugelassener landesgesetzlicher Vorschriften möglich. Ziemlich allgemein ist für nicht gebuchte Grundstücke, falls sie von der Buchungspflicht befreit sind und durch die Übertragung nicht buchungspflichtig werden, eine vom Grundbuch unabhängige Form der Übereignung durch dinglichen Vertrag eingeführt[50]. Außerdem kann das Landesrecht auf

---

oder die Übereignungserklärung des Nichteigentümers durch Genehmigung des Eigentümers konvalesziert, so gilt das Eigentum als mit der Eintragung erworben.

[48] Vgl. oben § 119 V. Allerdings soll, wenn der Veräußerer nicht Erbe des eingetragenen Eigentümers ist, die Zwischeneintragung des Veräußerers und eventuell auch seines Rechtsvorgängers nach Grdb.O. § 40 u. 41 erfolgen. Allein an der wirksamen Vornahme der Auflassung vor Berichtigung des Grundbuchs wird der nicht eingetragene Eigentümer durch diese Sollvorschrift nicht gehindert. — Auch zum Eintritt der Konvaleszenz der von einem Anderen vorgenommenen Auflassung durch Genehmigung des Eigentümers (oben Anm. 47) ist nicht erforderlich, daß der Eigentümer eingetragen ist.

[49] Vgl. oben § 119 IX.

[50] E.G. Art. 47. Die meisten A.G. z. B.G.B. bestimmen, daß die Einigung des Veräußerers und Erwerbers und die öffentliche Beurkundung ihrer Erklärungen erforderlich und ausreichend ist; Preuß. Art. 27, Bad. Art. 25, Elsaß-Lothr. § 74; ebenso mit dem Zusatz, daß eine Bedingung oder Zeitbestimmung unzuläsig ist, Bayr. Art. 83, Württ. Art. 212, Meckl. § 104 (Strelitz § 102), Oldenb. § 12 (f. Birkenfeld § 40, f. Lübeck § 12), Weimar § 122, Braunschweig § 48, Anhalt Art. 47, Lippe § 30, Rudolst. Art. 75, Sondersh. Art. 23 § 1, Reuß ä. L. § 70, Reuß j. L. § 52, Waldeck Art. 14, Lübeck § 65 (nur bei Grundstücken, für die ein Eigentumsfolium eröffnet ist, Auflassung und Eintragung ins Eigentumsfolium), Schaumb. A.G. z. Grdb.O. § 16. Nach Brem. A.G. z. B.G.B. § 16 ist Umschreibung im Flurbuch erforderlich und genügend. In anderen Staaten ist die Veräußerung erst nach Anlegung eines Grundbuchblattes möglich; vgl. Sächs. A.V. z. Grdb.O. § 5, Hamb. A.G. z. B.G.B. § 29. Ebenso überall, wenn durch die Veräußerung das Grundstück buchungspflichtig wird. Desgleichen bei buchungspflichtigen, aber nicht gebuchten Grundstücken. Übereignung durch Übergabe, wie sie hier Dernburg I 240 Anm. 4 u. § 243 Anm. 17 nach preuß. R. für möglich hielt, ist ausgeschlossen.

Digitized by Google

den ihm vollständig überlassenen Gebieten auch die Übereignung von Grundstücken selbständig regeln[51]. So wird z. B. durch den Vorbehalt für Rentengüter auch die preufsischrechtliche Vorschrift geschützt, dafs im Falle der Begründung eines Rentenguts unter Vermittlung der Generalkommission das Eigentum durch Eintragung auf Ersuchen der Generalkommision übergeht[52].

III. Eigentumsübergang kraft Gesamtnachfolge. Überall, wo eine Gesamtnachfolge anerkannt ist, vollzieht sich auch der Übergang des Eigentums an den einzelnen Liegenschaften, die zu dem von der Gesamtnachfolge ergriffenen Vermögen gehören, unmittelbar mit dem Eintritte der Gesamtnachfolge von Rechts wegen. Hierher gehört vor allem der Anfall des Grundeigentums an den Erben einer verstorbenen Einzelperson[53] oder an den Gesamtnachfolger einer erloschenen Verbandsperson[54]. Sodann aber schliefst, während Miteigentumsanteile nur durch Auflassung und Eintragung eingeräumt und übertragen werden können[55], bei den Vermögensgemeinschaften zur gesamten Hand der Erwerb von Anteilen am Vermögensganzen zugleich den Erwerb von Anteilen an zugehörigen Liegenschaften ein. Darum tritt die Vergemeinschaftung des Eigentums an Grundstücken, die in das Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft fallen, ohne Auflassung und Eintragung von Rechts

---

[51] So z. B. im Agrarrecht; vgl. oben § 119 Anm. 25.

[52] Preufs. Ges. v. 7. Juli 1891 § 12.

[53] B.G.B. § 1942; die Eintragung ist, anders wie nach Sächs. Gb. § 2286, nur Berichtigung des Grundbuchs. Ebenso nach Landesrecht bei der Sondererbfolge in Haus- und Stammgüter, Lehen, Familienfideikommisse und Anerbengüter. — Dagegen bedarf es bei der Übertragung eines Vermögens unter Lebenden zur Übereignung zugehöriger Grundstücke stets der Auflassung und Eintragung. So bei der Übertragung des ganzen gegenwärtigen Vermögens oder eines Bruchteils (B.G.B. § 311), beim Erbschaftskaufe (B.G.B. § 2374), bei der Veräufserung eines Handelsgeschäftes.

[54] Vgl. oben Bd. I 570. Dazu B.G.B. § 45 u. 88, E.G. Art. 85, oben § 104 Anm. 75. Der unmittelbare Eigentumsübergang, der bei dem Anfall an den Fiskus nach B.G.B. § 46 nach den Regeln des Erbrechts erfolgt, tritt auch zugunsten jedes anderen Anfallsberechtigten sofort von Rechts wegen ein und wird durch die vermöge der Liquidation (§ 47 ff.) geltenden Verfügungsbeschränkungen nicht aufgeschoben. In den Fällen des H.G.B. § 304 Abs. 5 und § 306 Abs. 1 und des R.Ges. v. 20. April 1892 § 81 tritt infolge der Gesamtnachfolge in das Vermögen einer Aktiengesellschaft auch der Eigentumserwerb an ihren Grundstücken mit der Eintragung in das Handelsregister ein.

[55] Vgl. oben § 103 Anm. 40. Dies gilt auch für eine Änderung der Bruchteile; R.Ger. LII 174.

Digitized by Google

wegen ein[56]. Darum werden ferner bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft, bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts und bei der Erbengemeinschaft, insoweit mit dem Wegfall oder dem Hinzutritt oder dem Wechsel von Teilhabern Anteile anwachsen oder abwachsen oder übergehen, hiervon auch gemeinschaftliche Grundstücke unmittelbar betroffen[57]. Darum kann endlich bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft und bei der Erbengemeinschaft auch durch Entgemeinschaftung im Wege der Konsolidation das Eigentum an einem Grundstück unmittelbar auf einen einzelnen Teilhaber übergehen[58].

[56] B.G.B. § 1438 Abs. 2—3 (für die beim Eintritt der Gemeinschaft vorhandenen und die später von einem Ehegatten erworbenen Grundstücke) mit § 1519 Abs. 2 und § 1549, sowie § 1485 Abs. 3 (für den Erwerb des überlebenden Ehegatten); vgl. Seuff. LIX Nr. 84; über das bisherige Recht Gierke, Genossenschaftsth. S. 374 Anm. 2. Von Rechts wegen tritt natürlich auch die Vergemeinschaftung bei dem Anfall an mehrere Erben oder an die Mitglieder eines aufgelösten rechtsfähigen Vereins ein. — Dagegen bedarf es zur Vergemeinschaftung von Grundeigentum durch Einbringung in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder eine Handelsgesellschaft einer Auflassung und Eintragung, die sich auf das Grundstück im Ganzen zu richten hat; Gierke a. a. O. S. 515. Dies auch dann, wenn die Gesellschafter schon Miteigentümer sind; Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 23 Anm. 34a, Planck, Bem. 10 zu § 925, jetzt auch Turnau-Förster I 363, sowie R.Ger. LVI Nr. 24, Preuſs. O.V.G. XXXVII 95.

[57] So bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft, wenn Abkömmlinge bei deren Eintritt nach B.G.B. § 1483 oder später nach § 1490 einrücken oder wenn der Anteil eines Abkömmlings nach § 1490 oder § 1491 Abs. 5 den anderen Abkömmlingen anwächst. Ferner bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, dem nicht rechtsfähigen Verein und der Handelsgesellschaft, wenn der Anteil eines ausscheidenden Teilhabers den verbleibenden Gemeinern anwächst (B.G.B. § 738) oder für einen neu eintretenden Teilhaber ein Anteil abwächst; Gierke, Vereine S. 24 ff. Desgleichen bei der Erbengemeinschaft nicht nur, wenn ein Erbteil anwächst (§ 2094), sondern auch, wenn ein Miterbe über seinen Anteil im Ganzen verfügt (§ 2033).

[58] B.G.B. § 1490 a. E. und § 1491 Abs. 5 (unbeerbter Tod oder Verzicht des einzigen anteilsberechtigten Abkömmlings); § 2033 u. § 2094 (Verzicht oder Wegfall der Miterben bis auf Einen). — Dagegen bedarf es im Falle der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft zum Übergange des Grundeigentums auf einen Teihaber stets der Auflassung und Eintragung; so auch bei der Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft; Gierke, Genossenschaftsth. S. 364 Anm. 3, B.G.B. § 1471 ff., 1497 ff., 2042 ff. Das Vermögen einer Gesellschaft wächst niemals einem Teilhaber an; auch wenn das Geschäft einer Handelsgesellschaft von einem Gesellschafter im Ganzen übernommen wird, ist trotz H.G.B. § 142 die Auflassung von Grundstücken erforderlich; R.Ger. XXIV A 109. Die Auflassung hat sich auf das ganze Grundstück zu richten

Digitized by Google

IV. Ersitzung. Während das ältere deutsche Recht zwar den Ausschlufs der einer liegenschaftlichen Gewere widersprechenden Rechte durch Verschweigung, nicht aber eine Ersitzung des Grundeigentums kannte, drang mit dem fremden Rechte die römische Eigentumsersitzung in Deutschland ein. Gemeinrechtlich wurde daher an Grundstücken die ordentliche Ersitzung auf Grund eines titulierten gutgläubigen Besitzes von zehnjähriger oder unter Abwesenden zwanzigjähriger Dauer und die aufserordentliche Ersitzung auf Grund eines gutgläubigen dreifsigjährigen Besitzes als Eigentumserwerbsart anerkannt[59]. Die Partikularrechte schlossen sich mit manchen zum Teil dem deutschen Recht entstammenden Abweichungen an[60].

In neuerer Zeit wurde mit der Durchführung des Grundbuchrechts die Ersitzung des Eigentums an Liegenschaften in einigen Ländern ganz abgeschafft, in anderen nur gegenüber dem im Grundbuch eingetragenen Eigentümer ausgeschlossen[61]. Vereinzelt aber wurde dafür einerseits eine Tabularersitzung ausgebildet[62], andererseits die Ersitzung eines Eigentumserwerbstitels beibehalten[63].

Das B.G.B. hat jede vom Bucheintrage unabhängige Ersitzung

---

und ist daher auch bei der Umwandlung in Miteigentum der bisherigen Gesamthänder erforderlich; R.Ger. LIX Nr. 97.

[59] Mit der aus dem kanon. R. stammenden Abwandlung, dafs mala fides superveniens nocet. Vgl. Windscheid, Pand. I § 175 ff., Brinz (2. Aufl.) I § 153 ff., Dernburg I § 219 ff.

[60] Vgl. bes. Roth, D.P.R. III § 249—251, Bayr. C.R. II § 145 ff.; Dernburg, Preufs. P.R. I § 173 ff.; Zachariae-Crome I 593 ff.; Huber, Schweiz. P.R. III § 78; Erdmann, Balt. R. II § 139. Deutschrechtlichen Ursprungs ist besonders die einheitliche Liegenschaftsersitzung des gemeinen Sachsenrechts in 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen; Haubold § 185c, Curtius § 557c, Heimbach § 185. Ersitzung in Jahr und Tag an erkauften Liegenschaften unter Anwesenden in der Stadt kennt die Nürnb. Ref. XVI c. 5. Im übrigen finden sich mannigfach abweichende Fristen, bisweilen ohne Unterscheidung von Anwesenden und Abwesenden; Roth, D.P.R. III 289—290, 293—294.

[61] Oben § 119 Anm. 128. In Preufsen war einerseits Streit, ob die Ersitzung gegenüber dem Erben des eingetragenen Eigentümers zulässig sei (so Eccius III § 177 Anm. 15, R.Ger. XXVII Nr. 48) oder nicht (so Dernburg, Preufs. Hyp.R. I 241). Andererseits wurde der Besitz auf Grund freiwilliger Veräufserung und Übergabe von Manchen als ein zur ordentlichen Ersitzung geeigneter Titel erachtet (so Dernburg, Preufs. P.R. I § 243 Anm. 8), während Andere hier nur die aufserordentliche Ersitzung für möglich hielten (so Eccius a. a. O., Stobbe-Lehmann § 112 Anm. 17).

[62] In Österreich und Hessen; oben § 116 Anm. 86.

[63] Vgl. Meckl. Stadtb.O. v. 21. Dez. 1857 u. Strelitzer Ges. v. 21. Mai

Digitized by Google

von Grundeigentum beseitigt[64], zum Ersatz aber sowohl die Buchersitzung, wie eine Ersitzung des Eigentumserwerbstitels eingeführt.

Ein Erwerb des Eigentums durch Ersitzung findet hiernach statt, wenn Jemand dreifsig Jahre lang unrichtig als Eigentümer eingetragen und zugleich Eigenbesitzer des Grundstücks war[65]. Eines weiteren Titels bedarf es nicht. Auch guter Glaube ist nicht erforderlich. Die Ersitzungszeit, die zugunsten eines Rechtsvorgängers verstrichen ist, kommt dem Besitzer zustatten[66]. Soweit zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs eine ordentliche oder aufserordentliche Eigentumsersitzung auf Grund des bisherigen Rechts zu laufen begonnen hat, wird auch die nach bisherigem Recht verstrichene Ersitzungszeit eingerechnet[67].

1883; dazu Motive zum Entw. III 328, Stobbe-Lehmann § 112 Anm. 19. Österr. Gb. § 1468 u. 1498; Strohal, Eigent. S. 139 ff. Zürch. Gb. § 121 bis 125, Schaffh. § 479—483, Huber III 189 ff.

[64] Auch für buchungsfreie Grundstücke ist ein Vorbehalt nicht gemacht. — Eine zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs schon begonnene Ersitzung kann nur von dem als Eigentümer eingetragenen Besitzer vollendet werden. Der nicht eingetragene Ersitzungsbesitzer behält nur die Möglichkeit des Eigentumserwerbes aus B.G.B. § 927.

[65] B.G.B. § 900 Abs. 1. Hinsichtlich der Vermutung für die Fortdauer des Eigenbesitzes, der Hemmung und der Unterbrechung der Ersitzung gelten gleiche Regeln, wie nach § 938—942 bei der Ersitzung des Eigentums an beweglichen Sachen; vgl. unten § 135. Als Hemmungsgrund tritt aber hier das Eingetragensein eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Eigentumseintrages hinzu.

[66] Gemäfs § 943. Ebenso nach § 944 die zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichene Ersitzungszeit dem Erben. — Besitz und Bucheintrag müssen auch bei den Vorgängern übereingestimmt haben. Offenbar aber ist anzunehmen, dafs dem besitzenden Rechtsnachfolger auch ein noch auf den Rechtsvorgänger lautender Bucheintrag und dem eingetragenen Rechtsnachfolger auch ein fortdauernder Besitz des Rechtsvorgängers zu statten kommt. Ist also z. B. längere Zeit hindurch die Eintragung des Erben unterblieben, so setzt dieser trotzdem die Ersitzung des Erblassers fort. Hat umgekehrt der als Eigentümer eingetragene Besitzer das Grundstück erst längere Zeit nach dem Vollzuge einer Veräufserung durch Auflasssung und Eintragung dem Erwerber übergeben, so wird diesem trotzdem die Besitzzeit des Vorgängers angerechnet. Dagegen kann die Ersitzung stets nur vollenden, wer zugleich besitzt und eingetragen ist.

[67] E.G. Art. 189 Abs. 2 mit Art. 169. Dabei kommt es dann auf Titel und guten Glauben, nicht aber auf Eintragung an. — Beträgt die bisherige Ersitzungsfrist mehr als 30 Jahre, wie z. B. bei der gemeinrechtlichen vierzigjährigen Ersitzung an Grundstücken des Fiskus und der pia corpora, der preufsischrechtlichen entsprechenden 44jährigen Ersitzung (Pr. L.R. I, 9 § 629)

Digitized by Google

Ein Eigentumserwerbstitel wird durch dreifsigjährigen Eigenbesitz auch ohne einen ihn schützenden Bucheintrag begründet[68]. Titel und guter Glaube sind nicht erforderlich[69]. Der Eigentumserwerb setzt aber voraus, dafs der bisherige Eigentümer im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen wird[70]. Das Aufgebotsverfahren kann auf Grund des dreifsigjährigen Besitzes ohne weiteres eingeleitet werden, wenn der bisherige Eigentümer oder sein Rechtsvorgänger nicht im Grundbuch eingetragen ist[71]. Sonst ist es erst zulässig, wenn der letzte eingetragene Eigentümer tot oder verschollen ist und seit dreifsig Jahren keine der Zustimmung des Eigentümers bedürftige Eintragung stattgefunden hat[72]. Mit dem Erlafs des Ausschlufsurteils erlischt das bisherige Eigentum, so dafs das Grundstück zunächst herrenlos wird. Der Besitzer aber, der das Urteil erwirkt hat, erlangt dadurch, dafs er sich als Eigentümer eintragen läfst, das Eigentum[73], hat also im Wege der Ersitzung ein ausschliefs-

und der sächsischen Ersitzung in 31 Jahren 6 W. 3 T. (oben Anm. 60), so mufs entweder diese längere Frist oder seit Anlegung des Grundbuchs die 30jährige Frist verstrichen sein.

[68] B.G.B. § 927. Die Berechnung der Besitzzeit richtet sich auch hier nach den §§ 938—944, so dafs insbesondere die Besitzzeit des Rechtsvorgängers eingerechnet wird (oben Anm. 54—66). Auch die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts verstrichene Besitzzeit kommt in Betracht; Habicht § 42 IV, Fuchs Bem. 3, Biermann Bem. 1a, R.Ger. b. Gruchot XLIV 862.

[69] Hier auch nicht für die Besitzzeit vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts.

[70] Verfahren nach C.Pr.O. § 977—981.

[71] So, wenn das Grundstück nicht gebucht ist oder ein Eigentumseintrag fehlt. Ebenso aber, wenn nur ein unrichtiger Eigentumseintrag vorhanden ist; Fuchs Bem 4 cc, Biermann Bem. 1 b; a. M. Planck Bem. 2, Turnau-Förster I 392, Oberneck S. 336. Möglicherweise kann daher auch der selbst als Eigentümer eingetragene Eigenbesitzer, wenn er weifs oder erfährt, dafs er nicht Eigentümer ist, das Aufgebotsverfahren beantragen. Wer z. B. bei der ersten Buchung eines Grundstücks, das er seit 25 Jahren besitzt, unrichtig als Eigentümer eingetragen wird, braucht nicht die Buchersitzung abzuwarten, sondern kann schon nach fünf Jahren sich das Eigentum kraft § 927 verschaffen.

[72] Die Fassung des § 927 Abs. 1 S. 3 ist ungenau, da die in den Worten „Ist der Eigentümer im Grundbuch eingetragen“ gestellte Voraussetzung dann, „wenn er gestorben ist,“ niemals zutrifft, in diesem Falle vielmehr stets irgend ein nicht eingetragener Erbe der Eigentümer ist. Das Erfordernis des 30jährigen Schweigens des Grundbuchs fehlt, wenn eine der Zustimmung des jeweiligen (nicht blofs, wie Fuchs Bem. 4 bb meint, des letzten) Eigentümers bedürftige Eintragung erfolgt ist; Planck Bem. 3b.

[73] Sein Antrag auf Eintragung enthält, wie bei der Aneignung durch

Digitized by Google

liches Aneignungsrecht erworben[74]. Doch wirkt das Ausschließungsurteil nicht gegen einen Dritten, für den vorher Eigentum oder ein Widerspruch wegen Eigentums im Grundbuch eingetragen ist[75]. Einen solchen Bucheintrag muß daher der Besitzer, wenn ihm gleichwohl das Aneignungsrecht zusteht, weil der Dritte in Wahrheit nicht Eigentümer ist, erst mittels einer besonderen Berichtigungsklage wegschaffen[76].

V. Erwerb durch staatliche Willenserklärung. In einer Reihe von Fällen wird der Übergang des Eigentums an einem Grundstücke auf ein anderes Subjekt durch einen öffentlichrechtlichen Akt bewirkt, ohne daß Besitzerwerb oder Grundbucheintrag erforderlich wäre.

Immer kann der Staat, indem er von seiner formellen Allmacht Gebrauch macht, durch eine in Form des Gesetzes gekleidete Willenserklärung Eigentum nehmen und geben. Doch sind nur dem Reichsgesetz in Zukunft formelle Schranken nicht gezogen. Wie durch das Reichsgesetz vom 25. Mai 1873 das Eigentum an den zum dienstlichen Gebrauche einer Reichsverwaltung bestimmten Grundstücken von den Einzelstaaten auf das Reich übertragen ist, so kann auch fernerhin ein Reichsgesetz beliebig mit dem Eigentum schalten. Dagegen wird dem Landesgesetze durch das B.G.B. diese Macht insoweit entzogen, als nicht im Einführungsgesetze ein Vorbehalt gemacht ist. Ein derartiger Vorbehalt ermöglicht die Übertragung von Staatseigentum an einem Grundstücke auf einen Kommunalverband und von Kommunaleigentum auf den Staat oder einen anderen Kommunalverband durch Landesgesetz[77]. Außerdem

---

den Fiskus (oben Anm. 13), eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. — In dem oben Anm. 71 a. E. erwähnten Fall erwirbt der Besitzer das Eigentum schon mit Erlaß des Ausschlußurteils.

[74] Dieses Aneignungsrecht ist dinglicher Natur, hindert daher den Rechtserwerb durch einen Dritten nach Erlaß des Ausschlußurteils, soweit dieser nicht durch B.G.B. § 892 geschützt wird.

[75] Die Eigentumseintragung hindert die Eintragung des Eigenbesitzers als Eigentümer; der Widerspruch hindert diese Eintragung nicht, macht sie aber dem fremden Eigentum gegenüber unwirksam.

[76] Daß er einen Berichtigungsanspruch hat, folgt aus der dinglichen Kraft seines Aneignungsrechts. Darum kann er sein Recht auch durch Eintragung eines Widerspruchs sichern lassen; Planck Bem. 7. Nach Dernburg III § 93 Anm. 5 ist Widerspruch oder Vormerkung, nach Oberneck § 69 nur Vormerkung möglich. Allein für eine Vormerkung fehlt der zu sichernde persönliche Anspruch. Keinesfalls darf man mit Biermann, Bem. 3, jede Schutzeintragung versagen.

[77] E.G. Art. 126. Hiernach können z. B. auch künftig Landesgesetze er-

Digitized by Google

aber werden Landesgesetze, die im öffentlichen Interesse Eigentum entziehen oder die Eigentumsverhältnisse an den der landesgesetzlichen Regelung überlassenen besonderen Güterarten verschieben, durch die entsprechenden allgemeinen Vorbehalte gedeckt[78].

Unmittelbar durch staatliche Willenserklärung geht ferner das Eigentum an einem Grundstücke im Falle der gerichtlichen Zwangsversteigerung auf den Ersteher über, indem der Eigentumserwerb durch den Zuschlag erfolgt, ohne dafs es der Eintragung oder der Übergabe bedürfte[79]. Da die Veräufserung hier kraft öffentlicher Gewalt und zwar für Rechnung, nicht aber im Namen des Schuldners vollzogen wird, trägt der Zuschlag die rechtsbegründende Kraft in sich selbst und verschafft dem Ersteher sogar dann das Eigentum, wenn das Grundstück dem Schuldner gar nicht gehörte und dies dem Ersteher bekannt war[80].

Durchaus dem Landesrecht überlassen bleibt die Regelung des

---

lassen werden, wie sie in Preufsen ergangen sind, um staatliches und kommunalständisches Eigentum an Chausseen auf Provinzialverbände zu übertragen: Ges. v. 8. Juli 1875 § 18, v. 18. Jan. 1881 § 2. — Bis zur Anlegung des Grundbuchs bleibt auch in anderen Fällen die Eigentumsübertragung durch Landesgesetz möglich; vgl. z. B. Hess. G. v. 6. Aug. 1902 über den unter bestimmten Voraussetzungen von Rechts wegen eintretenden Übergang des Eigentums an Kirchen und Pfarrhäusern von der bürgerlichen Gemeinde auf die Kirchengemeinde.

[78] E.G. Art. 109; Art. 59, 63, 65, 66, 67, 113. Zulässig bleibt z. B. Enteignung durch Spezialgesetz, gesetzliche Aufhebung des Obereigentums am Lehen, des Obereigentums oder Eigentums an Erbpachtgütern, des Familieneigentums an Fideikommifsgütern; anderweitige gesetzliche Ordnung der Eigentumsverhältnisse an Gewässern usw. Selbst die Wiederholung der früher in so gewaltigem Umfange vollzogenen Einziehung von Kirchengut im Wege landesgesetzlicher Säkularisation wäre, wenn sie „im öffentlichen Interesse" erfolgt, reichsrechtlich nicht ausgeschlossen.

[79] Zw.V.G. § 90 (der Beschlufs müfste denn rechtskräftig wieder aufgehoben werden). Zugleich gehen Gefahr, Nutzungen und Lasten über; § 56. Der Zuschlag wird mit der Verkündung wirksam; § 89. — Ebenso nach Preufs. Ges. v. 13. Juli 1883 § 97 und anderen bisherigen Gesetzen, von denen aber manche die Wirkung erst an die Aushändigung des Zuschlagsprotokolles knüpften (z. B. Bremer Handf.O. v. 1860 § 10, Weimar. Ges. v. 12. Mai 1879 § 58). Dagegen war in Sachsen, Anhalt, Hamburg, Lübeck u. Mecklenburg auch hier bisher die Eintragung zum Eigentumserwerbe erforderlich. — Vgl. Dernburg, Preufs. P.R. I § 350, Strohal a. a. O. S. 108 ff., Regelsberger, Bayr. Hyp.R. S. 397 ff., Roth, D.P.R. III § 252 III, Stobbe-Lehmann II § 113.

[80] Ebenso nach preufs. R. (R.Ger. XLV Nr. 72), während für das bayr. R. das Gegenteil angenommen wurde; Regelsberger a. a. O. S. 398. Dafür schneidet das Zw.V.G. § 56 jeden Anspruch auf Gewährleistung ab.

Digitized by Google

Eigentumserwerbes durch Enteignung, wovon besonders gehandelt werden soll (§ 128). Dazu kommen die gröfstenteils als besondere Anwendungsfälle des Enteignungsrechts erscheinenden öffentlichrechtlichen Eigentumserwerbsarten des der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Wasserrechts, Deich- und Sielrechts, Bergrechts und Agrarrechts.

Dagegen fällt der dem bisherigen Rechte bekannte richterliche Eigentumszuspruch durch Teilungsurteil (Adjudikation) künftig weg[81]. Die Einziehung des Eigentums zur Strafe (Konfiskation) kann schon seit längerer Zeit Grundstücke nicht mehr treffen.

VI. Verlust. Mit dem Erwerbe des Eigentums an einem Grundstücke, das nicht etwa vorher herrenlos war, verbindet sich notwendig der entsprechende Verlust von bisherigem Eigentum. Es gibt aber selbständige Verlustgründe. Diese sind der Untergang der Sache und der Eintritt der Herrenlosigkeit.

Herrenlos wird das Grundstück durch einseitigen Verzicht auf das Eigentum (Dereliktion). Nach gemeinem Recht und den meisten bisherigen Partikularrechten kann der Eigentümer sich des Eigentums an Grundstücken wie an beweglichen Sachen dadurch entschlagen, dafs er den Besitz in der Absicht des Verzichtes auf das Eigentum aufgibt[82]. Das B.G.B. dagegen fordert, dafs der Eigentümer den Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber erklärt und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird[83]. Dadurch erlischt das bisherige Eigentum selbst dann, wenn der Eigentümer im Besitz bleibt. Umgekehrt wird durch blofse tatsächliche Preisgabe des Grundstücks das Eigentum niemals verloren[84]. Nimmt daher ein Anderer das verlassene Grundstück in Besitz[85], so erlangt er frühestens nach dreifsig Jahren die Möglichkeit, das

[81] Vgl. über das bisherige Recht Windscheid II § 608; Dernburg, Pand. I § 218; Roth, D.P.R. III § 252, Bayr. C.R. II § 137; Strohal a. a. O. S. 92 ff.; Motive zum Entw. II 882, III 300.

[82] So auch nach Preufs. L.R. I, 9 § 16 (vgl. Dernburg I § 224 Anm. 6) u. Code civ. Art. 539. Nur das Sächs. Gb. § 294 forderte Eintragung. In Nassau war die Dereliktion überhaupt unzulässig; Bertram § 142. Ebenso in Österreich bei gebuchten Grundstücken nach Strohal a. a. O. S. 163 ff.

[83] B.G.B. § 928 Abs. 1. Der Verzicht ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Die einmal dem Grundbuchamt gegenüber abgegebene Erklärung ist unwiderruflich; Biermann Bem. 1, Fuchs Bem. 2d, Planck Bem. 3, Turnau-Förster Bem. 2; a. M. Fischer-Henle Bem. 3, Böhm S. 106, Matthiefs I 56. — Die Vorschrift des B.G.B. gilt auch für Miteigentumsanteile.

[84] Auch nicht im Falle des B.G.B. § 303.

[85] Ein Recht hierzu hat Niemand, auch nicht der Fiskus.

Digitized by Google

Eigentum durch Erwirkung eines Ausschlufsurteils und Bucheintrag zu erwerben[86].

Aufserdem wird das Grundstück herrenlos, wenn der Eigentümer im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen wird[87].

Der Untergang des Eigentums läfst die sonstigen Rechte am Grundstücke unberührt. Da der Aneignungsberechtigte das Eigentum erst durch eine auf seinen Antrag erfolgte Eintragung erlangt, zur Stellung eines solchen Antrages aber nicht verpflichtet ist, so kann der Zustand der Herrenlosigkeit längere Zeit währen. Will inzwischen ein dinglich Berechtigter sein Recht im Wege der Klage oder der Zwangsvollstreckung geltendmachen, so bestellt das Prozefsgericht oder das Vollstreckungsgericht auf Antrag einen prozefsrechtlichen Vertreter zur Wahrnehmung der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte und Verpflichtungen[88]. Aber auch ein mit materiellrechtlicher Vertretungsmacht ausgerüsteter Pfleger zur Geltendmachung der aus dem Eigentum entspringenden Ansprüche und der mit ihm verbundenen Realrechte kann inzwischen bestellt werden[89]. Als das vertretene Rechtssubjekt ist in beiden Fällen der mögliche künftige Eigentümer anzusehen[90].

§ 128. Die Enteignung[1].

I. Begriff. Enteignung (Zwangsenteignung, Expropriation) ist die durch staatlichen Eingriff behufs Verwendung einer Sache

---

[86] Dies gilt nach Anlegung des Grundbuchs auch für nicht gebuchte Grundstücke; Planck, Bem. 11 zu § 928.

[87] Oben Anm. 70—72.

[88] C.Pr.O. § 58 u. 787. Die Vorschriften beziehen sich nur auf B.G.B. § 928, sind aber unbedenklich auch im Falle des § 927 entsprechend anzuwenden; vgl. Planck, Bem. 8 zu § 927.

[89] Nach B.G.B. § 1913. So mit Recht Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 234, Rechtskraft S. 274 ff. Zustimmend Biermann, Bem. 2 zu § 928. A. M. Planck Bem. 7. — Der Pfleger ersetzt dann zugleich den prozefsrechtlichen Vertreter.

[90] Der Pfleger wird nach § 1913 dem „Beteiligten", der „ungewifs" ist, bestellt; dies ist eben hier der mögliche künftige Eigentümer. Ebenso aber ist der prozefsrechtliche Vertreter aufzufassen. Dagegen Planck Bem. 7. Hellwig, Anspruch u. Klagerecht § 32. Letzterer läfst das Eigentum ohne Eigentümer fortbestehen und betrachtet inzwischen, wie es scheint, das Grundvermögen als echte juristische Person; Rechtskraft § 40 III, Civilproz. I § 43 II.

[1] Treichler, Z. f. D. R. XII 123 ff. (1848). Burckhardt, Z. f. Civilr. u. Proz., N. F. VI 208 ff. (1849). Häberlin, Arch. f. civ. Pr. XXXIX 1 ff., 147 ff. (1856). Brinz, Bluntschlis u. Braters Staatswörterb. III 467 ff. (1858). Gruchot,

Digitized by Google

zu einem vom öffentlichen Wohl geforderten Gebrauch bewirkte Übertragung von Sachenrecht gegen Wertersatz. Neben der Entziehung und Zuteilung des Eigentums wird auch die Entziehung oder Zuteilung begrenzter dinglicher Rechte unter Enteignung mitverstanden. Der Begriff der Enteignung ist nicht auf Eingriffe in das Grundeigentum zu beschränken[2]. Doch sind nicht nur die Grundstücke vorzugsweise der Enteignung unterworfen, sondern es ist auch allein in dieser Anwendung die Enteignung zu einem organischen Rechtsinstitut ausgebildet.

Nicht unter den Begriff der Enteignung im technischen Sinn fällt die staatliche Entziehung von Eigentum oder dinglichem Recht ohne Entschädigung[3]. Andererseits liegt auch keine Enteignung vor, wenn der Staat gegen Entschädigung den Ge-

---

in seinen Beiträgen IX 74 ff. (1865). A. Thiel, Das Expropriationsrecht u. das Expropriationsverfahren usw., Berlin 1866. G. Meyer, Das Recht der Expropriation, Leipzig 1868. Laband, Arch. f. civ. Pr. LII 151 ff. (1869). Grünhut, Das Enteignungsrecht, Wien 1873. G. Meyer, in Behrends Zeitschr. f. d. deutsche Gesetzg. VIII 547 ff. (1874). v. Rohland, Zur Theorie u. Praxis des deutschen Enteignungsrechts, Leipzig 1875, Pražák, Das Recht der Enteignung in Österreich usw., Prag 1877. E. Meier, in Holtzendorffs Rechtslex. I 764 ff. (1880). W. Schelcher, Die Rechtswirkungen der Enteignung nach gemeinem u. sächs. R., 1893. G. Meyer, Der Eigentumserwerb bei der Enteignung (aus der Heidelberger Festgabe für E. I. Bekker), Berlin 1899. Grünhut, Handwörterb. der Staatswiss. III 621 ff. (2. Aufl., 1900). M. Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts, Leipzig 1902. — Beseler, D.P.R. § 90. Gengler § 50. Stobbe II § 92, b. Lehmann § 121. Roth, D.P.R. III § 246. — Randa, Eigentum § 7. — Rösler, Verwaltungsrecht I § 195 ff. L. v. Stein, Verwaltungslehre VII 292 ff. G. Meyer, Verwaltungsr. I § 100. O. Mayer, Verwaltungsr. II 3 ff. — Preuß. R.: Dernburg I § 34; Förster-Eccius II § 131; v. Rönne, Staatsr. II § 193; Kommentare zum Ges. v. 11. Juni 1874 von Dalcke, Berlin 1874, Bähr u. Langerhans, Berlin 1878, Eger, 2 Bde., Breslau 1887 u. 1891. Bayr. R.: M. Seydel, Bayr. Staatsr. III 617 ff.; Oertmann, Bayr. Landesprivatr. § 36—37. Sächs. R.: G. Häpe, Zwangsenteignung nach dem im Königreich Sachsen geltenden Recht, Leipzig 1891; W. Schelcher, Das Enteignungsgesetz f. das Königr. Sachsen vom 24. Juni 1902 usw. erläutert, Leipzig 1903. Bad. R.: E. S. Fuchs, Das Bad. Enteignungsgesetz v. 26. Mai 1899 erläutert, Tüb. u. Leipz. 1901. Hess. R.: Fuld, Annalen des Deutschen Reichs 1885 S. 58 ff. Hamb. R.: Baumeister I 264 ff. Schweiz. R.: Sieber, Das Recht der Expropriation mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, Zürich 1889; Huber III 213 ff. — Zusammenstellung bei Neubauer (1880) S. 1 ff., Nachträge (1881) S. 96 ff.

[2] A. M. Rösler a. a. O. § 195, Rohland a. a. O. § 4.

[3] Wie z. B. bei den Säkularisationen, bei der Einziehung zur Strafe oder bei der Wegnahme kraft Staatsnotrechts. Vgl. Layer S. 21 ff. — A. M. Schelcher, Rechtswirk. S. 23 ff., Oertmann S. 143.

Digitized by Google

brauch einer Sache einer öffentlichrechtlichen Beschränkung unterwirft. Denn hier wird das private Sachenrecht nicht als solches übertragen, sondern durch öffentliche Sachherrschaft verdrängt. Dies schliefst nicht aus, dafs in derartigen Fällen vielfach die für die Enteignung geltenden Rechtssätze entsprechende Anwendung finden[4].

II. Geschichte. Dem römischen Recht blieb eine rechtlich geordnete Enteignung fremd[5]. Dagegen prägte das deutsche Recht die dem Keim nach in seiner Eigentumsordnung angelegte Enteignung schon im Mittelalter für einzelne Anwendungsfälle, wie namentlich im Bergrecht für den Bergbau und im Deichrecht für den Deichbau, in manchen Stadtrechten aber für jeden öffentlichen Bau, zum Rechtsinstitut aus. Denn hier begegnet bereits der durch Rechtssatz zugleich gestattete und begrenzte Zwang zur Abtretung des für die begünstigte Anlage erforderlichen Grundeigentums gegen Wertersatz[6].

Die Jurisprudenz beschäftigte sich seit der Glossatorenzeit mit der Frage nach der Zulässigkeit staatlicher Eingriffe in das Privateigentum und erarbeitete unter zahllosen Streitfragen allmählich eine den jeweiligen Lebensbedürfnissen angepafste Enteignungstheorie, deren Ausbau in äufserer Anlehnung an römische Stellen unter dem Einflusse germanischer Rechtsanschauungen mit den Mitteln des Naturrechts erfolgte[7]. Sie erkämpfte einerseits dem

---

[4] So bei der Auferlegung von Bebauungsbeschränkungen nach dem Reichsrayongesetz und nach den Fluchtliniengesetzen; vgl. oben § 125 III 1a u. b. Auch die Vorschriften des E.G. Art. 53—54 u. 109 zum B.G.B. und die enstprechenden Vorschriften der A.G. zum B.G.B. beziehen sich zugleich auf solche Eingriffe.

[5] G. Meyer, Expropr. S. 9 ff., 76 ff.; Grünhut, Enteignungsr. S. 18 ff., Handwörterb. a. a. O. S. 624 ff. Es gab lange Zeit hindurch gar kein, dann ein rein willkürliches Enteignungsrecht.

[6] Häberlin a. a. O. S. 8 ff., Stobbe a. a. O. Anm. 9—14, Huber IV 715 ff., Layer S. 103 ff., 120 ff. Von der Enteignung im Bergrecht und im Deichrecht ist später zu handeln. Enteignung zum Zweck eines Kanalbaus begegnet in einer österr. Urk. v. 1376 b. Lörsch u. Schröder (1. Aufl.) Nr. 197. Ein allgemeines städtisches Enteignungsrecht mit geregeltem Entschädigungsverfahren ist besonders deutlich in der Schaffhauser Stadtsatzung v. 1380 und in den Franchises von Nyon in Waadt v. 1439 bezeugt; vgl. die Stellen b. Huber IV 716 Anm. 84. Vgl. auch Purgoldt IX c. 117. Unrichtig ist die Auffassung von G. Meyer S. 71 ff., Grünhut S. 33 ff., Pražák S. 25.

[7] G. Meyer S. 76 ff.; Gierke, Joh. Althus. S. 269 ff., 294 ff., Gen.R. III 617 ff., 705 Anm. 43; Layer S. 122 ff.

Digitized by Google

Staate einen festen Rechtsboden für die Enteignung, wobei sie über die Durchgangsstufe des von Grotius gerade hierfür geprägten dominium eminens langsam zur Erkenntnis des mafsgebenden staatlichen Hoheitsrechtes vorschritt. Und sie zog andererseits zugunsten der grundsätzlich anerkannten Unverletzlichkeit des Eigentums dem Enteignungsrecht feste Grenzen, indem sie nicht nur jeden Eingriff in das Privateigentum an eine justa causa band, sondern auch eine Eigentumsentziehung um des gemeinen Nutzens willen nur gegen vollen Wertersatz zuliefs. Auch gelangte sie schliefslich zur schärferen Sonderung der Enteignung von den lange mit ihr zusammengeworfenen andersgearteten Fällen staatlicher Eigentumsentziehung kraft Staatsnotrechtes oder kraft Rechtsverwirkung.

Durch die grofsen Gesetzbücher wurden die so gewonnenen obersten Grundsätze des Enteignungsrechts in Gesetzesform gekleidet[8] und durch die meisten Verfassungsurkunden sogar zu Bestandteilen des Verfassungsrechtes erhoben[9]. Regelmäfsig wurde die Unverletzlichkeit des Eigentums unter den Grundrechten der Staatsangehörigen aufgeführt und gewährleistet, die Enteignung aber zwar trotzdem für zulässig erklärt, jedoch durch die Bestimmung eingeschränkt, dafs sie nur aus Gründen des öffentlichen Wohls in geordnetem Verfahren gegen volle und vorgängige Entschädigung stattfinden dürfe.

Der Ausbau des Enteignungsrechtes im einzelnen erfolgte durch Spezialgesetze. Voran ging die auch für Deutschland vielfach vorbildlich gewordene französische Gesetzgebung[10]. Zum

---

[8] Vgl. schon Bayr. L.R. IV c. 3 § 2. Eingehender regelt das Preufs. L.R. I, 11 § 4 ff. auf Grund der in der Einl. § 74—75 aufgestellten Prinzipien die Enteignung. Nur den obersten Gundsatz formulieren Code civ. Art. 545 u. Österr. Gb. § 365.

[9] So zuerst in der französischen Erklärung der Menschenrechte von 1791 Art. 17: La propriété est inviolable et sacrée; nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. Vgl. Preufs. V.U. Art. 9; Bayr. T. 4 § 8; Sächs. § 31; Württ. § 30; Bad. § 14; Hess. Art. 27; Oldenb. Art. 60; Braunschw. § 33; Meining. § 16; Altenburg. § 54; Kob.-Goth. § 49; Waldeck. § 34; Reufs ä. L. § 30; Reufs j. L. § 21; Brem. § 19. Auch Österr. Staatsgrundges. v. 1867 Art. 5. Näheres (auch über ausländ. R.) bei Layer S. 145 ff.

[10] Bes. das Ges. v. 8. März 1810, reformiert durch Ges. v. 10. März 1831 u. 7. Juli 1833; neues Ges. v. 3. März 1841 mit Ergänzungen v. 13. April 1850 u. 27. Juli 1870. Vgl. Grünhut, Enteignungsr. S. 45 ff., Layer S. 157 ff.

Digitized by Google

Teil beschränkte man sich auf den Erlafs besonderer Enteignungsgesetze für einzelne Arten von Unternehmungen[11]. Mehr und mehr indes ging man auch in Deutschland dazu über, in zusammenfassenden Gesetzen die Enteignung von Grundstücken allgemein zu regeln. Den Anfang machte das Grofsherzogtum Hessen mit dem Enteignungsgesetz vom 27. Mai 1821[12]. Ihm folgten andere Staaten, wie namentlich Baden mit Ges. v. 28. August 1835 und Bayern mit Ges. v. 17. Nov. 1837[13]. In Preufsen kam nach langen Mühen das wichtige und vielfach vorbildlich gewordene Enteignungsgesetz v. 11. Juni 1874 zustande. Seitdem sind in vielen deutschen Staaten allgemeine Enteignungsgesetze neu ergangen[14], zum Teil auch die älteren Gesetze durch neue ersetzt[15]. Doch ist meist neben dem allgemeinen Enteignungsrecht besonders geregeltes Enteignungsrecht für bestimmte Zwecke in Kraft geblieben. So

[11] So wurden in Preufsen bis 1874 nähere Bestimmungen nur über agrarrechtliche, wasserrechtliche, deichrechtliche u. bergrechtliche Enteignung, über Enteignung für den Chausseebau und im Ges. v. 3. Nov. 1838 § 8 ff. über Enteignung für Eisenbahnunternehmungen getroffen. In Sachsen war bis zum Ges. v. 1902 nur die Enteignung für Strafsenbau, Eisenbahnbau und Wasserleitungen speziell geregelt. Noch heute fehlt in manchen kleineren deutschen Staaten ein generelles Enteignungsgesetz; so in beiden Meckl., Braunschw., beiden Reufs, Lippe, Waldeck. Doch gilt in Braunschweig ein generelles Gesetz über die Ausmittelung der Entschädigung bei Expropriationen v. 13. Sept. 1867. Auch in Österreich gibt es nur Sondergesetze über Enteignung zu Eisenbahnzwecken, Strafsenbau, Wasserbauten, Bergbau und sonstigen Einzelzwecken, während in Ungarn ein allgemeines Enteignungsgesetz v. 29. Mai 1881 gilt. Vgl. Grünhut S. 57 ff., Handwörterb. S. 628 ff.; G. Meyer, V.R. § 100 Anm. 3; Roth, D.P.R. § 246 Anm. 31; Layer S. 163 ff., 166 ff.

[12] Ersetzt durch Ges. über die Enteignung des Grundeigentums v. 26. Juni 1884 (neue Fassung v. 30. Sept. 99).

[13] Das Badische Ges. (abgeändert 1838 u. 1858) ist durch das Enteignungsges. v. 26. Mai 1899 ersetzt. Das Bayr. gilt noch. — Enteignungsgesetze, die nicht mehr in Kraft stehen, ergingen für Kurhessen 30. Okt. 34, Frankf. a. M. 10. Jan. 37, 26. Juni 47 u. 11. Nov. 56, Sondersh. 3. Apr. 44, Hamb. 26. Apr. 44 u. 14. Juli 79, Koburg 31. Aug. 55, Gotha 8. Apr. 57, Lübeck 21. Mai 70 mit Nachtrag v. 14. Juli 79. — Noch in Geltung sind Rudolst. G. v. 5. Febr. 40, Meining. v. 28. Juni 45. — Schweiz. Bundesgesetze v. 1. Mai 50 u. zahlreiche kantonale Ges. b. Huber III 213 ff., Layer S. 160.

[14] So Ges. f. Anhalt v. 12. Apr. 1875; Bremen v. 16. Apr. 1882, mit Nov. v. 18. Juli 99; Mecklenb. (nur für die Städte) v. 21. Juli 86; Württemb. v. 20. Dez. 88; Schaumburg-Lippe v. 23. März 96 mit Nov. v. 29. Apr. 99; Oldenb. v. 21. April 97; Sachsen v. 24. Juni 1902.

[15] So in Hessen (oben Anm. 12); Baden (oben Anm. 13); Gotha 31. März 1884; Hamburg 5. Mai 86 mit Nov. v. 27. Sept. 99; Koburg 20. Mai 88; Lübeck 18. Juli 98; Sondersh. 26. Juli 99. In Elsafs-Lothr. gilt das französ. G. v. 3. Mai 41 mit Ergänzung durch G. v. 20. Juni 86.

Digitized by Google

gelten namentlich für die agrarrechtliche, bergrechtliche, deichrechtliche und wasserrechtliche Enteignung eigentümliche Rechtssätze[16]. Auch sonst aber begegnen Sonderbestimmungen für einzelne Anwendungsfälle des Enteignungsrechts[17].

Die Gesetzgebung des Deutschen Reichs hat in das Enteignungsrecht nur an wenigen Punkten eingegriffen[18]. Auch das neue bürgerliche Recht läfst auf diesem Gebiete der Landesgesetzgebung freie Hand[19].

III. Wesen. Die Enteignung wurzelt in der Übermacht der öffentlichen Sachherrschaft über die mit ihr zusammenstofsende private Sachherrschaft. Sie ist eine in Ausübung des Staatshoheitsrechtes am Boden durch öffentlichrechtliche Handlung vollzogene Verschiebung der Privatrechtsverhältnisse. Der Staat nimmt und

[16] Ausdrücklich vorbehalten im Preufs. Ent.G. § 54. Vgl. Sächs. G. v. 1902 § 91—95.

[17] So bleiben nach Preufs. Ent.G. § 54 auch die besonderen Vorschriften über Enteignung im Interesse der Landesvermessung unberührt; vgl. Ges. v. 7. Okt. 65 u. 7. Apr. 69, auch Sondersh. G. § 58. Wichtige Sonderbestimmungen gelten ferner nach den Fluchtliniengesetzen für die Enteignung der zu Strafsen und Plätzen bestimmten Grundflächen; Preufs. G. v. 2. Juli 75 § 11. Ein weiterreichendes Enteignungsrecht behufs Umlegung von Grundstücken besteht in Frankfurt a. M. nach Ges. v. 28. Juli 1902. Vielfach gilt auch besonderes Recht für die Enteignung zu Eisenbahnzwecken; vgl. Spezialgesetze b. G. Meyer, V.R. § 100 Anm. 3, Layer S. 164 ff. Einen durchaus eigenartigen Charakter hat das mehrfach bestehende Enteignungsrecht hinsichtlich eines Eisenbahnunternehmens behufs Übernahme desselben in den Staatsbetrieb; Preufs. G. v. 3. Nov. 38 § 42, Kleinbahnges. v. 28. Juli 92 § 13. Besonderer Natur ist auch das im Hess. G. v. 16. Juli 1902 eingeführte staatliche (auf Gemeinde, Kreis oder Provinz übertragbare) Enteignungsrecht behufs Erhaltung oder Freilegung von Baudenkmälern (Art. 19) und behufs Vornahme von Ausgrabungen (Art. 30). Endlich versteht es sich von selbst, daß durch besonderes Gesetz die Enteignung für ein konkretes Unternehmen stets abweichend geregelt werden kann.

[18] Die R.V.U. enthält (im Gegensatz zu der R.V.U. v. 28. März 49 § 164) keine allgemeinen Bestimmungen über das Enteignungsrecht. Sie legt jedoch in Art. 41 dem Reiche die Befugnis bei, Eisenbahnunternehmungen durch Reichsgesetz mit dem Expropriationsrecht auszustatten. Aufserdem hat das Reich nach dem Reichsrayongesetz v. 21. Dez. 71 § 41 ein von der Militärbehörde auszuübendes Enteignungsrecht für Festungsanlagen; doch richtet sich das Verfahren nach Landesrecht.

[19] E.G. zum B.G.B. Art. 109. Auch die Art. 52 u. 53 des E.G. gelten bei Enteignung auf Grund des Landesrechts nur subsidiär. Anpassungen des Enteignungsrechts an das neue Recht sind zum Teil in besonderen Gesetzen (vgl. oben Anm. 14 u. 15), zum Teil in den A.G. zum B.G.B. (vgl. bes. Württ. Art. 209, Hess. Art. 274, Meckl.-Schw. § 87—100 und Str. § 85—100), sowie in den A.G. zur Grdb.O., zum Zw.V.G. u. zur C.Pr.O. erfolgt.

Digitized by Google

gibt Eigentum oder sonstiges dingliches Recht, weil ein für die Allgemeinheit wichtiger Erfolg nur durch einen Wechsel des Rechtssubjektes erreicht werden kann. Er verpflichtet aber zugleich den Erwerber zum Wertersatz, weil der Grundsatz der ausgleichenden Gerechtigkeit fordert, dafs der Einzelne für das der Allgemeinheit gebrachte Opfer entschädigt und die Entschädigung von dem um der Allgemeinheit willen Begünstigten getragen werde.

Somit gehört der bewirkende Vorgang als solcher ausschliefslich dem öffentlichen Rechte an. Durch einseitige staatliche Willenserklärung vollzieht sich sowohl die Übertragung des Sachenrechts, wie die Begründung des auf Wertersatz gerichteten Schuldverhältnisses. Willenserklärungen der Beteiligten wirken darauf nur mittelbar ein, indem sie die staatliche Tätigkeit in Gang setzen und ihren Inhalt bestimmen. Darum ist die Enteignung kein Rechtsgeschäft und auch nichts einem Rechtsgeschäft Verwandtes. Dies verkennt die in ältere Gesetze übergegangene, in Theorie und Praxis noch heute nicht überwundene Meinung, die in der Enteignung einen erzwungenen Verkauf erblickt [20]. Der in sich widerspruchsvolle Begriff eines ungewollten Verkaufs ist der modernen Rechtsgestaltung gegenüber vollkommen unhaltbar [21]. Es entsteht nicht einmal ein der Verpflichtung aus einem Vertrage ähnliches Verhältnis, auf das die Regeln des Kaufs entsprechende Anwendung fänden [22]. Auch die Ersatzverbindlichkeit

---

[20] So Preufs. L.R. I, 11 § 4 ff.; Nassau. G. v. 12. Juni 38 § 19; Hamb. G. v. 1844 § 4. — Häberlin S. 201 ff., Gruchot S. 76 ff., v. Gerber § 174b Anm. 1; für das neuere preufs. R. Förster-Eccius II § 131, Dalcke S. 129, Bähr u. Langerhans S. 110, Eger I 24 ff. — Seuff. IV Nr. 117, XIV Nr. 226, XXXIV Nr. 305, XXXVI Nr. 202; für das preufs. R. R.O.H.G. XIX 168 ff., R.Ger. XII 405 ff., XXXV 308; für das französ. R. R.Ger. XVIII 344 ff.

[21] Thiel S. 4 ff.; G. Meyer, Expropr. S. 192 ff.; L. v. Stein a. a. O. S. 324; Laband S. 171 ff.; Grünhut, Enteignungsr. S. 178 ff.; Rohland S. 29 ff.; Pražák S. 43 ff.; Stobbe II § 92 Nr. 3; Randa, Eigent. § 7 Anm. 115; Roth, D.P.R. § 246 Anm. 10; Beseler 4. Aufl. § 90 Anm. 15 (früher war er Anhänger der Theorie des Zwangsverkaufes); Seydel, Bayr. Staatsr. III 627; Schelcher, Komm. zum Sächs. G. S. 12 ff.; Seuff. XXV Nr. 29, XXXIV Nr. 305. — Auch für das preufs. Recht ist die Fiktion eines Kaufes nicht mehr zulässig; Dernburg, Preufs. P.R. I § 34 Anm. 6; Gleim, Preufs. Eisenbahn-Archiv v. 1886 S. 43 ff.; R.Ger. VII Nr. 73, R.Ger. b. Seuff. XL Nr. 209.

[22] Wie G. Meyer a. a. O. S. 184 ff. annahm, indem er eine zweiseitige obligatio ex contractu unterstellte. Vgl. dagegen Laband S. 172 ff., Rohland S. 31 ff., Stobbe Anm. 44, Schelcher a. a. O. S. 14 ff. Der Ent-

Digitized by Google

des Erwerbers gründet sich auf keinen Privatrechtstitel; so wenig wie sie Schuld des Kaufschillings ist, darf sie aus irgend einem anderen privatrechtlichen Schuldgrund hergeleitet werden[23]. Vielmehr entspringt sie derselben staatlichen Willensaktion, die den Rechtsübergang herbeiführt und ja eben von vornherein nur auf Übertragung von Sachenrecht gegen Wertersatz abzielt[24]. Ein öffentlichrechtlicher Vorgang ist somit die unmittelbare und einheitliche Quelle aller Enteignungswirkungen, die stufenweise in den Zeitpunkten eintreten, in denen die einzelnen staatlichen Willenserklärungen wirksam werden[25].

Dem öffentlichrechtlichen Vorgange entspringen jedoch privatrechtliche Wirkungen[26]. Das entzogene Sachenrecht wird nicht durch öffentliches Recht aufgezehrt oder in öffentliches Recht umgesetzt, sondern bleibt Privatrecht und geht als solches über[27]. Darum kann durch Enteignung auch eine Privatperson erwerben, ohne dafs ein staatlicher Eigentumserwerb dazwischen träte[28]. Und darum wird durch die Enteignung, auch wenn der

eignete wird überhaupt nicht zur Leistung (Übergabe, Eigentumsverschaffung usw.), sondern nur zur Duldung der Wegnahme verpflichtet; er haftet weder für Rechtsmängel noch für Sachmängel.

[23] Wie dies geschieht, wenn sie als quasikontraktliche Verbindlichkeit bezeichnet wird; so Laband a. a. O. S. 179 ff., Pražák S. 53 Anm. 15, R.-Ger. b. Seuff. XL Nr. 209 S. 312; vgl. dagegen Rohland S. 35. Manche nehmen sogar eine Delikts- oder doch Quasideliktsobligation an; so Thiel S. 21 ff.; vgl. dagegen Pražák S. 131 Anm. 3, Schelcher a. a. O. S. 30 ff.

[24] Unrichtig ist daher auch die Behauptung, die Rechtsentziehung sei gegenüber der Verpflichtung zur Schadloshaltung das logische Prius; so Laband S. 181, Stobbe (b. Lehmann) II 1 S. 520, Rohland S. 39, O. Mayer S. 43, Schelcher a. a. O. S. 37 ff. Hiergegen zutreffend Layer S. 457 ff. („Bedingung der Enteignung").

[25] Vgl. unten unter X S. 496 ff.

[26] Abweichend H. A. Zachariae, Gött. Gel.Anz. 1861 I 113; L. v. Stein a. a. O. S. 324; Grünhut a. a. O. S. 183 ff.; bes. aber O. Mayer a. a. O. S. 38 ff. und Layer S. 597 ff., jetzt auch Schelcher a. a. O. S. 31 ff.

[27] Dagegen nimmt O. Mayer an, der Staat unterdrücke zunächst alles Privatrecht und gewinne eine umfassende öffentlichrechtliche Herrschaft, die er dann erst möglicherweise wieder in Privatrecht umsetze. Ähnlich Schelcher S. 32. Noch weiter geht Layer S. 607 ff., der stets endgültig das private Sachenrecht untergehen und öffentliches Sachenrecht („öffentliches Eigentum" usw., vgl. oben § 102 Anm. 5) neu entstehen läßt und schließlich die Enteignung als „Begründung öffentlicher Rechte unter Aufhebung individueller Rechte gegen Entschädigung" definiert (S. 660). — Im positiven Recht hat dies alles keinen Anhalt; G. Meyer, Eigentumserwerb S. 5.

[28] A. M. Grünhut, Enteign. S. 78 ff., Handwörterb. S. 631. — Nach O. Mayer S. 16 ff. erwerben Selbstverwaltungskörper und private Unternehmer

Digitized by Google

Staat oder ein anderer öffentlicher Verband erwirbt, der Inhalt des Eigentums nicht verändert[29]. Ebenso begründet die Auferlegung der Wertersatzpflicht ein privatrechtliches Schuldverhältnis[30]. Die Verbindlichkeit trifft nicht den Staat als solchen, so daſs etwa zunächst er selbst aus seinem Eingriffe zur Schadloshaltung verpflichtet würde und diese Last erst von sich abwälzen müſste[31]; sie trifft vielmehr unmittelbar den Erwerber, dem eben entgeltlicher, nicht unentgeltlicher Erwerb zugesprochen wird[32]. Und die Forderung entsteht als privates Vermögensrecht des Enteigneten; sie nimmt den Inhalt des entzogenen Rechts dem Werte nach in sich auf, tritt in jeder Hinsicht an dessen Stelle und teilt als Surrogat die privatrechtliche Natur des ersetzten privaten Sachenrechts[33].

Dieser Verbindung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Bestandteile entspricht die Ordnung des Enteignungsverfahrens. Ihr entspricht es, daſs die Enteignung im Verwaltungswege erfolgt, jedoch hinsichtlich der Höhe der Entschädigung der Rechtsweg offen bleibt; daſs die dingliche Rechtsänderung ohne Bucheintrag eintritt, jedoch das Grundbuch berichtigungsbedürftig macht; daſs die Leistung der Entschädigung innerhalb des Enteignungsverfahrens gesichert, jedoch nicht verwaltungsrechtlich erzwungen wird.

---

zwar unmittelbar, aber nur als Träger eines Stückes der öffentlichen Verwaltung die Sachherrschaft.

[29] Unrichtig ist die Meinung von Grünhut, Enteignungsr. S. 80 u. 163, und Layer S. 657, durch die Enteignung werde die Sache zu einer für den öffentlichen Gebrauch bestimmten Sache. Vielmehr dient die Enteignung nur der Überleitung von Privatrecht, während die etwaige Bestimmung der Sache für einen öffentlichen Gebrauch besonders vollzogen werden muſs und in gleicher Weise vollzogen wird, wie bei einer durch Rechtsgeschäft erworbenen Sache. Vgl. Rohland S. 11 ff., Pražák S. 66 Anm. 7, Roth § 246 Anm. 76, Stobbe a. a. O. Anm. 26.

[30] A. M. Grünhut a. a. O. S. 50, O. Mayer S. 43 ff. u. 48, Layer S. 482, Schelcher S. 35 ff.

[31] Dies meinen Thiel a. a. O. S. 17 ff., Grünhut S. 97 ff., Dalcke S. 50 Anm. 16. Dieselbe Auffassung begegnet in älteren Gesetzen; Preuſs. Eisenbahnges. v. 1838 § 48, Lippesches v. 3. Febr. 1869 § 15.

[32] Häberlin a. a. O. S. 181, G. Meyer S. 294, Laband S. 179, Rohland S. 52 ff., Pražák S. 134 ff., O. Mayer S. 43, Layer S. 486 ff.; Preuſs. G. § 7, Sächs. § 6, Württ. Art. 8, Hess. Art. 5, Bad. § 6, Anhalt. § 6, Hamb. § 6, Sondershaus. § 9. — Der Staat haftet auch nicht etwa subsidiär.

[33] Laband S. 179 ff.; Rohland S. 35 ff.; Pražák S. 137; Stobbe Anm. 50; R.Ger. b. Seuff. XL Nr. 209 S. 312.

Digitized by Google

Soweit der Erfolg, auf den die Enteignung abzielt, durch **Rechtsgeschäft** herbeigeführt wird, tritt das öffentliche Recht nicht in Aktion. Dafs die in Aussicht stehende Enteignung den Beweggrund für einen Verkauf oder einen anderen Vertrag bildet, hat auf die rechtliche Natur solcher Privatrechtsvorgänge keinen Einflufs. Dies gilt an sich auch für die nach Einleitung des Enteignungsverfahrens zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen[34]. Doch werden durch die Enteignungsgesetze Vereinbarungen, die eine staatliche Feststellung ersetzen, befördert und insoweit, als sie im Enteignungsverfahren unter staatlicher Mitwirkung zustande kommen, mit besonderen Rechtswirkungen ausgestattet[35].

IV. **Enteignungsfall.** Die Enteignung ist nur zulässig, wenn die Übertragung von Privatrecht an bestimmten Grundstücken für ein Unternehmen erforderlich ist, an dessen Durchführung ein öffentliches Interesse besteht. Da das allgemeine Wohl nicht nur unmittelbar durch öffentliche, sondern auch mittelbar durch private Zwecksetzung befördert werden kann, so ist ein öffentliches Interesse nicht nur an öffentlichen, sondern auch an privaten Unternehmungen möglich[36]. Immer aber mufs es sich um ein für das allgemeine Wohl, wennschon nicht gerade notwendiges, so doch dringend erwünschtes Unternehmen handeln; denn das öffentliche Interesse mufs stark genug sein, um den Zwang zur Aufopferung privater Interessen für den angestrebten Erfolg als gerecht empfinden zu machen und so das entgegenstehende öffentliche Interesse an der Unverletzlichkeit des Eigen-

---

[34] G. Meyer a. a. O. S. 212 ff., Z. f. deut. Gesetzg. a. a. O. S. 581 ff., Verwaltungsr. S. 287; Pražák a. a. O. S. 54 Anm. 20; Sieber a. a. O. S. 6; O. Mayer S. 47 ff.; R.Ger. V Nr. 67, XXIX Nr. 66, LVI Nr. 48. — A. M. Thiel S. 3, Grünhut S. 185 ff., Rohland S. 36, Schelcher, Rechtsw. S. 55 ff., Seydel S. 627 Anm. 8.

[35] Das Sächs. G. § 78—79 legt sogar einem behördlich bestätigten Vertrage die vollen Enteignungswirkungen bei. Anders die übrigen Gesetze. Vgl. unten Anm. 139—141, 146—147, 178—179.

[36] Manche fordern ein „öffentliches Unternehmen“; so Rohland S. 3 ff., 22 ff., Schelcher S. 2, O. Mayer S. 12 („ein Stück öffentlicher Verwaltung“). Dann erscheint die Enteignung für den Bergbau und die Enteignung im Interesse der Landeskultur als Singularität. Vgl. dagegen Pražák S. 16 Anm. 26, Roth Anm. 29, Stobbe Anm. 22. Zu eng ist auch die Begrenzung auf „staatliche Zwecke“ b. G. Meyer S. 178 ff., V.R. S. 282. Ausführlich und im Ganzen zutreffend handelt über das öffentliche Interesse Layer S. 176 ff., der es als „soziales Interesse“ fafst (S. 211).

Digitized by Google

tums zu überwinden. Hiernach hängt die Entscheidung, wann ein Enteignungsfall vorliegt, zuletzt von einem Werturteil ab. Dieses Werturteil aber wird teils in die abstrakte Bestimmung der Enteignungsfälle hineingezogen, teils in die konkrete Feststellung des Enteignungsfalles verlegt.

1. Die abstrakte Bestimmung der Enteignungsfälle erfolgt überall durch das Gesetz. Denn es bedarf eines Rechtssatzes, der die Möglichkeit schafft, den Einzelfall als Enteignungsfall zu behandeln. Die deutschen Gesetze aber schlagen hierbei verschiedene Wege ein. Zum Teil begrenzen sie ein für alle Mal den Kreis der Enteignungsfälle auf bestimmte Arten von Unternehmen. Dies ist überall der Fall, wo es nur spezielle Enteignungsgesetze gibt[37]. Aber auch manche allgemeinen Enteignungsgesetze, wie das bayrische, zählen die einzelnen Arten von Unternehmungen, für die enteignet werden darf, erschöpfend auf[38]. Bei diesem System ist stets ein neues Gesetz erforderlich, wenn die Enteignung für ein nicht vorgesehenes Unternehmen statthaft werden soll. Das preufsische Enteignungsgesetz dagegen und die meisten anderen allgemeinen Enteignungsgesetze beschränken den Kreis der Enteignungsfälle nur durch den allgemeinen Grundsatz, dafs die Enteignung zulässig ist, wenn sie für ein Unternehmen aus Gründen des öffentlichen Wohls (oder für ein zum öffentlichen Nutzen dienendes Unternehmen oder für eine Anlage aus Rücksichten des gemeinen Besten oder ähnlich) erforderlich ist[39]. Nur die in Nebengesetzen geregelte sonderrechtliche Enteignung setzt auch hier ein Unternehmen bestimmter Art voraus[40].

2. Die konkrete Feststellung des Enteignungsfalles erfolgt überall durch einen staatlichen Ausspruch, der die Enteignung für ein bestimmtes Unternehmen auf Grund der gesetzlichen Zulassung als im öffentlichen Interesse geboten erklärt. Dieser Ausspruch fordert eine Prüfung aller Umstände des Einzelfalles und einen durch Zweckmäfsigkeitserwägungen bedingten Entschlufs[41]. Er ist daher seinem inneren Wesen nach eine

---

[37] Oben Anm. 11.

[38] Bayr. G. Art. 1. Ebenso Meining. Art. 1, Goth. § 1, Kob. § 1, Anhalt. § 2, Meckl. V. § 1. Auch Ungar. § 1.

[39] Preufs. G. § 1, Sächs. § 1, Württ. Art. 1, Hess. Art. 1, Bad. § 1, Oldenb. Art. 1, Sondershaus. § 1, Lüb. § 3, Hamb. § 1, usw.

[40] Oben Anm. 16—17.

[41] Auch wo das Unternehmen seiner Art nach schon durch das Gesetz als Enteignungsfall gekennzeichnet ist, bedeutet dies nur, daß Enteignung

Digitized by Google

Verwaltungshandlung. Doch ist er in manchen Staaten, bei uns in den drei Hansestädten, den Gesetzgebungsorganen vorbehalten[42]. Auch das Reich kann sein Enteignungsrecht für Eisenbahnzwecke nur im Wege der Reichsgesetzgebung ausüben[43]. Überdies bleibt in jedem Einzelfalle die Wahl der Gesetzesform möglich[44]. Die meisten Enteignungsgesetze aber ermächtigen bestimmte Verwaltungsorgane zur Feststellung des Enteignungsfalles. Doch suchen sie einen Schutz gegen willkürliche Eingriffe dadurch zu gewährleisten, dafs sie entweder die Entscheidung dem Staatsoberhaupte vorbehalten[45] oder den Beschlufs eines hohen Regierungsorgans verlangen[46] oder die endgültige Feststellung einem Verwaltungsgerichte übertragen[47].

---

möglich ist, mufs also behufs Feststellung des Enteignungsfalls noch eine Prüfung stattfinden, ob wirklich im konkreten Falle das öffentliche Interesse die Enteignung fordert. Vgl. M. Seydel a. a. O. S. 630, O. Mayer S. 11, Layer S. 179. Nur bei der sonderrechtlichen Enteignung nach Agrarrecht Bergrecht, Wasserrecht usw. ist die Prüfung vielfach enger gebunden.

[42] Lüb. G. § 4 (vorübergehende Beschränkungen kann nach § 8 der Senat allein beschließen); Brem. § 3; Hamb. § 2. Dasselbe System gilt nach englischem Recht (vgl. jedoch Hatschek, Englisches Staatsrecht I, Tübingen 1905, S. 523 ff.), für die wichtigeren Fälle auch nach französischem, italienischem, belgischem und schweizerischem Recht; Grünhut S. 91 ff., 206 ff., Huber III 218 ff., Layer S. 248 ff.

[43] R.V.U. Art. 41. Vgl. Laband, Staatsr. III 108, O. Mayer S. 11 Anm. 12.

[44] Immer handelt es sich nur um ein Gesetz im formellen Sinne; Rohland S. 26, O. Mayer S. 7, Grünhut, Handwörterb. S. 633. Natürlich kann aber dasselbe Gesetz, das den Enteignungsfall feststellt, zugleich erst den grundlegenden Rechtssatz schaffen.

[45] Preufs. L.R. I, 11 § 10. Nach dem Preufs. Enteignungsges. § 2 bedarf es königlicher Verordnung. Doch ist bei minder wichtigen Eingriffen (Geradlegung oder Erweiterung öffentlicher Wege und Umwandlung von Privatwegen in öffentliche Wege, Anordnung vorübergehender Beschränkungen für höchstens drei Jahre) der Bezirksausschuß mit Vorbehalt des Rekurses an den Minister zuständig; § 3—4. Vorbereitungshandlungen gestattet die Bezirksregierung; § 5. Bei bergrechtlichen Enteignungen erfolgt die Feststellung durch gemeinschaftlichen Beschluß des Oberbergamts und der Regierung mit Rekurs an den Minister (Bergges. § 142, 145). — Nach dem Württ. G. v. 1888 Art. 2 erfolgt die Feststellung durch königliche Entschließung nach Anhörung des Staatsministeriums (nach V.U. § 30 durch den Geheimerat). Nach Kob. G. v. 1884 u. Goth. v. 1888 durch herzogliche Verordnung. — Nach dem Sächs. G. v. 1902 § 2—3 durch eine mit königlicher Genehmigung erlassene Verordnung des Gesamtministeriums (Ausnahme in § 4), die „Enteignungsverordnung“.

[46] Nach Bad. V.U. § 14 u. G. v. 1899 § 1 u. 31 entscheidet das Staatsministerium; nach Hess. G. v. 12. Juni 74 der Provinzialausschuß; vgl. Mein. V.U. § 16, Altenburg. V.U. § 54, Sondersh. G. § 6.

[47] In Bayern ist die Enteignung nur zulässig, wenn das Ministerium d. I.

Digitized by Google

V. Enteigner. „Enteigner" im wahren Sinne des Wortes ist immer nur der Staat. Denn der Staat allein vermag kraft seines Hoheitsrechtes durch Zwangseingriff Eigentum oder anderes dingliches Recht zu entziehen. Auch Gemeinden und andere öffentliche Verbände haben heute kein selbständiges Enteignungsrecht[48].

Als „Enteigner" („Expropriant") aber wird auch derjenige bezeichnet, der den Rechtserwerb durch Enteignung für sich betreibt[49]. Enteigner in diesem Sinne kann nicht nur der Staat, sondern auch eine andere öffentliche Verbandsperson oder eine Privatperson sein. Denn die Stellung des Enteigners in diesem Sinne empfängt mit der Feststellung des Enteignungsfalles der Träger des Unternehmens, für das enteignet wird[50]. Immer jedoch leitet er diese Stellung vom Staate her und übt als Enteigner ein vom Staate zugeteiltes Recht aus. Man spricht daher von einer staatlichen „Verleihung (oder Gewährung) des Enteignungsrechts"[51] oder von einer „Ausstattung des Unternehmens mit dem Enteignungsrecht"[52]. Ein Rechtsanspruch auf Verleihung des Enteignungsrechtes ist regelmäfsig nicht anerkannt, kann aber aus der

---

in einem Vorverfahren die Einleitung des Enteignungsverfahrens gestattet; Ges. Art. 14. Die Entcheidung aber, ob wirklich ein Enteignungsfall vorliegt, erfolgt, während sie nach V.U. T. 4 § 8 dem versammelten Staatsrat zustand, seit Ges. v. 8. Aug. 78 durch das Verwaltungsgericht (nur im Interesse der Landesverteidigung durch das Gesamtministerium); Seydel a. a. O. S. 646.

[48] Vgl. Rohland S. 13 ff., Pražák S. 63 Anm. 2, O. Mayer S. 16 ff. — A. M. Häberlin S. 162, Brinz a. a. O. S. 468, G. Meyer S. 261.

[49] Die Gesetze sprechen meist vom „Unternehmer", die Meckl. A.V. zum B.G.B. vom „Enteignungsberechtigten". Es liegt kein Grund vor, mit dem alten Sprachgebrauch zu brechen; O. Mayer S. 9 Anm. 8.

[50] Darum ist nach dem Preufs. G. § 2 in der Königlichen Verordnung aufser dem Unternehmen der Unternehmer zu bezeichnen. Ebenso nach den meisten anderen Ges. in den entsprechenden Beschlüssen oder Verfügungen.

[51] Vgl. die Gesetze bei Layer S. 268 ff., dazu Sächs. G. § 2 Abs. 3, Lüb. § 4. Dieser Ausdruck pafst freilich nicht, wenn der Staat selbst der Unternehmer ist. Eine „Verleihung" des Enteignungsrechts durch den Staat an den Fiskus, wie Rohland S. 13 und Eger S. 2 meinen, ist undenkbar; der Staat als Entzieher und als Erwerber ist dieselbe Person; O. Mayer S. 16. Allein objektiv wird das Enteignungsrecht des Staats als Unternehmer von seinem Hoheitsrecht auch hier unterschieden; es wird erst durch den Feststellungsakt begründet und steht inhaltlich dem Enteignungsrecht einer Privatperson gleich. — Gegen den Begriff der „Verleihung" wendet sich Layer S. 277 ff.; nach ihm wirkt die Feststellung des Enteignungsfalles als „Erklärung des öffentlichen Interesses" nur deklarativ.

[52] So die R.V.U. Art. 41.

Digitized by Google

öffentlichrechtlichen Stellung einer Verbandsperson folgen[53] oder kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung mit einem Privatrecht verknüpft sein[54].

Das verliehene „Enteignungsrecht“ ist kein ausgeschiedener Bestandteil des dem Staate als solchem zustehenden hoheitlichen „Enteigungsrechts“, sondern ein durch rechtsbegründenden Staatsakt neu geschaffenes Recht. Dem Enteigner wird weder ein Stück des staatlichen Hoheitsrechtes übertragen[55], noch die Ausübung von Hoheitsrecht an Stelle des Staats überlassen[56]. Er erlangt keinerlei Zwangsgewalt, vermöge deren er in fremdes Recht eingreifen und durch eigne Handlung erwerben könnte, sondern ist darauf angewiesen, durch Anträge staatliche Handlungen hervorzurufen, die ihm den Erwerb verschaffen[57]. Allein er hat ein subjektives Recht auf den Erwerb des erforderlichen Sachenrechts durch Enteignung[58]. Dieses Recht ist durch öffentlichrechtlichen Akt begründet und nur mit öffentlichrechtlichen Mitteln durchführbar, hat aber, weil es die Privatrechtsfähigkeit erweitert und den Anspruch auf den Erwerb von Privatrecht gewährt,

---

[53] Rohland S. 14, O. Mayer S. 17.

[54] So mit dem Bergwerkseigentum (Preuß. Bergges. § 135 ff.) und mit den einen Anspruch auf agrarrechtliche Enteignung gewährenden Rechten an Grund und Boden.

[55] Unrichtig Thiel a. a. O. S. 17 ff. („Zession“). Auch Andere aber erblicken in dem verliehenen „Enteignungsrecht“ ein Stück des staatlichen „Enteignungsrechts“; so G. Meyer S. 260, Häberlin S. 162 u. 163, Burkhart a. a. O. S. 221. — Eger a. a. O. will, um jedes Mißverständnis auszuschließen, „Enteignungshoheitsrecht“ und „Enteignungsrecht“ unterscheiden. Doch ist der allerdings irreführende Sprachgebrauch, der zwei völlig ungleichartige Rechte mit demselben Namen nennt, zu tief eingewurzelt.

[56] So Grünhut S. 79; Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 241; Äußerungen in der Bayrischen Kammer bei Seydel S. 629 Anm. 5.

[57] Daher bleibt auch, wenn der Staat sich selbst das Enteignungsrecht beilegt, der Betrieb des Eigentumserwerbes durch die zur Ausführung des Unternehmens berufenen Staatsorgane von der Bewirkung der Rechtsänderung durch das hierfür zuständige Staatsorgan gesondert. Umgekehrt kann der private Enteigner auch den Erwerb von Staatseigentum durch förmliche Enteignung durchsetzen. Beides wäre unverständlich, wenn der Enteigner die Enteignungshoheit ausübte.

[58] Man darf ihm nicht, wie Pražák a. a. O. S. 67 Anm. 9, ein bloßes „Antragsrecht“, oder, wie O. Mayer S. 19, nur „die Fähigkeit, betreibender Teil im Enteignungsverfahren zu sein“, zuschreiben. Das sind nur formelle Mittel, die ihm zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Enteignung gewährt sind. Er hat ein Recht darauf, daß seinen gehörigen Anträgen entsprochen

Digitized by Google

privatrechtlichen Inhalt[59]. Doch ist es kein dingliches Recht[60]. Es ist vielmehr ein Persönlichkeitsrecht[61].

VI. Enteigneter. „Enteigneter" („Expropriat") ist derjenige, dessen Privatrecht von der Enteignung betroffen wird. Enteigneter kann jedes Rechtssubjekt sein. Auch der Staat selbst kann enteignet werden, wenn ein anderer Enteigner zur Ausführung seines Unternehmens eines im Staatseigentum stehenden Grundstücks bedarf[62].

VII. Gegenstand. Den Gegenstand der Enteignung kann jedes private Sachenrecht an Grund und Boden bilden. An Veräufserungsverboten und sonstigen Verfügungsbeschränkungen findet die Enteignung kein Hindernis[63]. Auch öffentliche Sachen jeder Art unterliegen der Enteignung[64]; nur richtet die Enteignung als

---

werde. Zutreffend spricht Seydel S. 628 ff. von einem „Enteignungsanspruch". Vgl. auch Rohland S. 13, Layer S. 320 ff., Sächs. G. § 9.

[59] Dagegen erklärt es Layer S. 330 ff. für ein subjektives öffentliches Recht gegen den Expropriaten.

[60] Für ein „dingliches Aneignungsrecht" erklärt es Lehmann b. Stobbe II 1 S. 519. Vgl. dagegen Seydel S. 628.

[61] Darum ist es höchstpersönlich und nicht übertragbar; Bähr und Langerhans S. 13, Eger S. 42 ff., Erk. des R.Ger. v. 12. Juni 1883 bei Eger S. 42. — Manche Gesetze gestatten eine Übertragung mit Genehmigung der Verleihungsbehörde (so Lüb. § 5) oder durch die Verleihungsbehörde (so Sächs. § 5). Das staatliche Enteignungsrecht behufs Denkmalsschutzes in Hessen ist auf Gemeinde, Kreis oder Provinz übertragbar; G. v. 16. Juli 1902 Art. 19 u. 30. — Verwirkung durch Nichtgebrauch und Entziehung kennt das Sächs. G. § 12.

[62] A. M. Treichler S. 140. Vgl. aber Häberlin S. 175, G. Meyer S. 262, Rohland S. 18, Pražák S. 75, Grünhut S. 78, O. Mayer S. 22; Rudolst. Ges. v. 1860 § 3; Sondershaus. Ges. v. 1844 § 6; Sächs. Ges. v. 3. Juli 1835 § 11; Dalcke S. 3 Anm. 1, Eger I 13, Fuchs zu Bad. Ges. § 1 S. 12, Schelcher, Komm. S. 52. — Dagegen wird, wenn der Staat selbst der Enteigner ist, Staatseigentum nicht enteignet, sondern nur zu anderer Verwendung überwiesen; Eger a. a. O.

[63] Gleichviel, ob es sich um privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Beschränkungen handelt. Somit steht auch die Eigenschaft als Lehn, Stammgut oder Familienfideikommifs, als Kirchengut oder Gemeindegut nicht entgegen. Ebensowenig ein gesetzliches Teilungsverbot. Vgl. Grünhut S. 75, G. Meyer S. 262, Laband S. 175, Rohland S. 18, Pražák S. 72, Dalcke S. 47 Anm. 13, Eger I 13; Bayr. G. Art. 1, Sächs. § 8, Bad. § 2, Hess. Art. 70. Sondershaus. § 3, Hamb. § 11.

[64] A. M. Grünhut a. a. O. 76 ff., Handwörterb. S. 630 ff.; Rösler § 196 Anm. 5; O. Mayer S. 23 ff.; Layer S. 590 ff. — Vgl. aber Rohland S. 19 ff., Pražák S. 75 ff., G. Meyer, Behrends Zeitschr. a. a. O. S. 571, Roth S. 237 Anm. 18, Stobbe Anm. 29, Eger I 13, Fuchs zu Bad. G. § 2 Bem. III. Nur beschränkt nach Sächs. G. § 7 Abs. 4.

Digitized by Google

solche sich eben nur auf das an ihnen bestehende private Eigentum, während die Beseitigung ihrer öffentlichrechtlichen Zweckgebundenheit, falls diese mit der neuen Zweckbestimmung unvereinbar ist, besonders erfolgen mufs[65].

1. Vor allem ist das Eigentum an Grundstücken Gegenstand der Enteignung. Zugleich mit dem Eigentum am Grundstück unterliegen die mit ihm verbundenen Realrechte und beweglichen Zubehörstücke der Enteignung[66].

a. Bedarf der Enteigner für sein Unternehmen der vollen Sachherrschaft, so findet die Entziehung des Eigentums behufs Übertragung auf den Enteigner statt. Ist nur ein Teil eines Grundstückes erforderlich, so beschränkt sich der Enteignungsanspruch auf diesen Teil. Doch braucht sich der Enteignete die Zerstückelung seines Grundstücks nur innerhalb gewisser Grenzen gefallen zu lassen, bei deren Überschreitung er kraft des sogenannten Ausdehnungsrechts vom Enteigner die Übernahme des ganzen Grundstücks oder doch eines gröfseren zusammenhängenden Stückes fordern kann[67]. Meist hat er dieses Ausdehnungsrecht gegenüber jeder Teilenteignung, insoweit das Rechtsgrundstück nicht mehr seiner bisherigen Bestimmung zu dienen vermöchte[68], unbedingt aber gegenüber der Teilenteignung einer mit einem Gebäude und dessen Zubehör besetzten Grundfläche[69]. Dem Ent-

---

[65] O. Mayer a. a. O. kehrt infolge seiner unrichtigen Theorie vom „öffentlichen Eigentum“ das Verhältnis um; eine Enteignung werde erst durch Beseitigung der Zugehörigkeit zum öffentlichen Gut möglich.

[66] Preufs. Ges. § 8 Abs. 1; Hamb. § 7; Bad. § 7; mit Beschränkungen Sächs. G. § 7. G. Meyer S. 306; Eger I 94, 131 ff.; Seydel S. 631.

[67] Häberlin a. a. O. S. 177 ff.; Thiel S. 28 ff.; G. Meyer S. 282 ff.; Grünhut S. 150 ff.; Rohland S. 91 ff., 94 ff.; Pražák S. 177 ff.; Stobbe Anm. 48; O. Mayer S. 28; Layer S. 421 ff.; Schelcher, Komm. S. 93 ff. Die meisten Enteignungsgesetze behandeln das Ausdehnungsrecht als Bestandteil des Entschädigungsanspruches; daraus folgt, dafs hinsichtlich desselben der Rechtsweg offen steht; R.Ger. XLII Nr. 53. Anders Sächs. G. § 13 Abs. 6.

[68] Preufs. G. § 9, Bergges. § 139; vgl. Dalcke S. 62, Eger S. 218 ff. Bayr. G. Art. 3; Seydel S. 632 ff. Sächs. G. § 13. Württ. Art. 11 Abs. 4. Bad. § 11. Oldenb. § 4. Braunschw. § 4 (oben Anm. 11). Anhalt. § 8. Sondershaus. § 13. Lüb. § 15. Manche Gesetze gewähren das Ausdehnungsrecht nur, wenn das Restgrundstück unter ein bestimmtes Mindestmafs herabsinkt; vgl. Meining. G. v. 1845 Art. 5, andere thüring. Ges. b. Rohland S. 99 Anm. 16. Ein weitergehendes Ausdehnungsrecht gilt bei der Enteignung für Festungszwecke nach R.Ges. v. 21. Dez. 1871 § 41. — In Österreich ist kein Ausdehnungsrecht anerkannt; Pražák S. 182 ff.

[69] Preufs. G. § 9, Bayr. Art. 3, Bad. § 11, Braunschw. § 4, Oldenb. § 4,

eigner gebührt kein Ausdehnungsrecht[70]. Manche Gesetze jedoch gewähren auch ihm das Recht, die Abtretung des ganzen Grundstücks zu verlangen, falls er durch die Wertminderung des Restgrundstücks mit einer unverhältnismäfsig hohen Entschädigungspflicht belastet würde[71].

b. Statt der Entziehung kann eine bloſse Beschränkung des Eigentums erfolgen[72]. Die Beschränkung kann dauernder oder vorübergehender Art sein[73]. In der Anordnung einer Beschränkung des Eigentums liegt zugleich die Begründung eines dinglichen Rechts für den Enteigner, das in der Regel sich als Dienstbarkeit darstellt; es liegt also ein Fall der konstitutiven Übertragung vor. Soweit für den Zweck des Unternehmens eine Beschränkung ausreicht, kann der Enteigner auch nur die Beschränkung fordern[74].

Sondershaus. § 13, Lüb. § 15; andere Ges. b. Rohland S. 97 Anm. 14. — Das Preuſs. Fluchtlinienges. § 13 gewährt nur ein Ausdehnungsrecht, wenn durch die Verlegung der Fluchtlinie das Restgrundstück unbebaubar wird: das R.Ger. II Nr. 75 u. XXXI Nr. 61 nimmt aber an, dafs auſserdem § 9 des Enteignungsgesetzes Anwendung findet. Der bergrechtlichen Enteignung unterliegen nach dem Preuſs. Bergges. § 136 Gebäude überhaupt nicht.

[70] A. M. Pražák S. 180. Vgl. aber G. Meyer S. 283, Rohland S. 92, Grünhut S. 149, O. Mayer S. 29, Eger S. 233 ff. — Ebensowenig können dritte Beteiligte die Ausdehnung fordern; Grünhut S. 152 ff., Rohland S. 92, Eger S. 235 ff.

[71] So Sächs. G. § 13, Braunschw. § 7, Sondersh. § 4. Früher auch das Bad. G. v. 1835 § 32 u. das Lüb. G. v. 1870 § 8.

[72] Preuſs. G. § 2, Bergges. § 137; Bayr. Art. 1; Sächs. § 1, Württ. Art. 4: Bad. § 1; Meining. Art. 3; Goth. Art. 4; Sondershaus. § 19; Brem. § 46: Hamb. § 1. Pražák S. 111, Roth S. 238, Stobbe Anm. 8, Eger I 33 ff., Seydel S. 631.

[73] Die Anordnung vorübergehender Beschränkungen ist vielfach erleichtert. Nach dem Preuſs. Ges. § 4 kann sie der Bezirksausschuſs verfügen, jedoch wider den Willen des Enteigneten nicht über drei Jahre hinaus und nur, wenn sie die Beschaffenheit des Grundstücks nicht wesentlich oder dauernd verändern. Vgl. Sächs. G. § 11; Lüb. G. § 8 (der Senat); auch Schaumbg.-Lipp. G. v. 1896 § 3 u. 5 nebst A.G. zur Grdb.O. § 21 Abs. 2 (dingliche Wirkung ohne Eintragung). — Über die Pflicht zur Duldung von Vorbereitungshandlungen Preuſs. G. § 5, Sächs. § 14, Württ. Art. 6, Bad. § 4, Lüb. § 7, usw.

[74] Vgl. Sächs. G. § 10 Abs. 1 S. 2, Bad. § 3. Immer nur auf die Auferlegung von Eigentumsbeschränkungen geht das Enteignungsrecht behufs Denkmalsschutzes nach Hess. G. v. 16. Juli 1902 Art. 19 u. 30. Das Reichsrayongesetz § 41 Abs. 4 gibt jedoch der Militärbehörde das Recht, die Entziehung des Eigentums zu verlangen, wenn sie die für die erforderliche Beschränkung festgesetzte Entschädigung zu hoch findet; dann hat aber auch der Enteignete ein Ausdehnungsrecht. Vgl. Sächs. G. § 10 Abs. 2 mit § 13.

Digitized by Google

Dagegen hat der Enteignete, weil es sich um eine Art von Teilenteignung handelt, ein Ausdehnungsrecht, kraft dessen er insoweit, als die Belastung des Grundstücks dessen Verwendung für den bisherigen Zweck ausschliefsen würde, auf der Entziehung des Eigentums bestehen kann[75].

2. Gleich dem Eigentum unterliegen die begrenzten dinglichen Rechte an Grundstücken der Enteignung[76].

a. Die Entziehung eines dinglichen Rechts kann erfolgen, um ein bestehendes Recht an einem Grundstücke, dessen Eigentum nicht begehrt wird, auf den Enteigner zu übertragen[77]. Meist aber findet sie statt, um dem Enteigner lastenfreies Eigentum zu verschaffen, zielt daher auf Aufhebung des Rechts[78]. Ist ein bereits im Eigentum des Enteigners stehendes Grundstück mit einem fremden Recht belastet, dessen Beseitigung von der neuen Zweckbestimmung erfordert wird, so bedarf es einer selbständigen Rechtsenteignung[79]. Insbesondere aber wird die Aufhebung dinglicher

[75] Vgl. Burkhart a. a. O. S. 241 ff., Rohland S. 99 ff., Pražák S. 181, Eger I 224 ff., Layer S. 416 ff.; R.Ger. XXXIX Nr. 70 (Preufs. R.); Sächs. G. § 13 Abs. 3; Württ. G. Art. 15 mit Art. 11; Bad. G. § 15; Sondershaus. § 19. Das Bayr. G. Art. 1 gibt dem Enteigneten gegenüber der Auferlegung einer Dienstbarkeit unbedingt das Ausdehnungsrecht; Seydel S. 631. Ebenso das Hess. Denkmalschutzges. v. 16. Juli 1902 Art. 19 u. 30. Andere Gesetze gegenüber jeder über drei Jahre dauernden oder die Beschaffenheit des Grundstücks wesentlich verändernden Beschränkung; Anhalt. § 3, Oldenb. Art. 3 § 2, früheres Lüb. § 10, thüring. Ges. b. Rohland S. 101 Anm. 20. Das Preufs. Ges. § 52 kennt ein ähnliches unbedingtes Ausdehnungsrecht gegenüber der Belastung eines Grundstücks mit dem Recht auf Entnahme von Wegebaumaterialien; vgl. auch thüring. Ges. b. Rohland S. 102 Anm. 21. Ein unbedingtes Ausdehnungsrecht besteht auch nach Preufs. Bergges. § 138 gegenüber der Inanspruchnahme der Benutzung für Bergbauzwecke auf mehr als drei Jahre.

[76] Preufs. Ges. § 6: „Dasjenige, was dieses Gesetz über die Entziehung und Beschränkung des Grundeigentums bestimmt, gilt auch von der Entziehung und Beschränkung der Rechte am Grundeigentum". Ebenso Sondershaus. § 19; Brem. § 46 nach Ges. v. 1899 Art. 4. Vgl. Sächs. G. § 1, Bad. § 1.

[77] So z. B. ein Erbbaurecht oder ein anderes übertragbares Nutzungsrecht.

[78] Darin liegt eine deletorische Übertragung. Trifft diese ein Realrecht, so liegt Teilenteignung des berechtigenden Grundeigentums vor; der Berechtigte hat daher das Ausdehnungsrecht; vgl. die Ges. bei Rohland S. 99 Anm. 17, Sächs. G. § 13 Abs. 3, Bad. G. § 13 Abs. 2, Sondershaus. § 16. Vgl. auch Seydel S. 631.

[79] Vgl. Eger I 304, Seydel S. 632, Layer S. 567 ff. So bei einem Erbbaurecht, sonstigem Nutzungsrecht, einer Dienstbarkeit usw.

Digitized by Google

Rechte mit der Entziehung des Eigentums verbunden. An sich geht auch in diesem Falle der Enteignungsanspruch nur insoweit auf die Beseitigung der Rechte Dritter, als deren Fortbestand mit der neuen Zweckbestimmung des Grundstücks unvereinbar ist[80]. Die meisten Gesetze aber geben dem Enteigner ein unbedingtes Recht auf Erwerb des lastenfreien Eigentums, so dafs nur solche Rechte Dritter am Grundstücke bestehen bleiben, die er freiwillig übernimmt, im übrigen dagegen alle fremden Privatrechte am Grundstücke mit der Enteignung erlöschen[81].

b. Die Beschränkung eines dinglichen Rechtes kann in entsprechender Weise entweder selbständig oder in Verbindung mit der Beschränkung des Grundeigentums erfolgen[82].

3. Persönliche Rechte, die sich auf ein der Enteignung unterliegendes Grundstück beziehen, werden nicht enteignet. Der Berechtigte kann gegen den Enteigner so wenig, wie das Recht selbst, einen Entschädigungsanspruch geltend machen. Ob er einen Entschädigungsanspruch gegen den Enteigneten hat, hängt von dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse ab[83].

Eine Ausnahme bilden Miets- und Pachtrechte. Es versteht sich von selbst, dafs sie in dem Umfange, in dem sie als dingliche Rechte anerkannt sind, gleich anderen dinglichen Gebrauchs- und Nutzungsrechten behandelt werden müssen. Allein auch wenn sie nur als Forderungsrechte gelten, ist ihre Gleichstellung mit dinglichen Rechten in Ansehung der Enteignung ge-

---

[80] G. Meyer S. 306, Grünhut S. 133, Häberlin S. 194, Rohland S. 39, Pražák S. 140, Seydel S. 631; a. M. Schelcher, Rechtswirk. S. 105ff., Layer S. 398. Hieran halten einzelne Gesetze wenigstens in Ansehung der Servituten fest; Bayr. Art. 2, Oldenburg. Art. 22, Meining. Art. 37, Brem. v. 14. Juni 1843 § 12, Hamb. § 7, Bad. G. § 13 (für Grunddienstbarkeiten).

[81] Vgl. bes. Preufs. Ges. § 45, Sächs. § 72, Hess. Art. 19 nach A.G. zum B.G.B. Art. 279, Brem. § 42 nach Ges. v. 1899, Meckl. A.V. zum B.G.B. § 98, Sondershaus. § 44, Lüb. § 9. Hinsichtlich der Hypotheken und Reallasten auch Bayr. Art. 11 u. 22. — Wird nur ein Teil des Grundstücks enteignet, so bleibt das Restgrundstück belastet; doch wird man dem Berechtigten, falls dessen Recht durch die Teilenteignung unbrauchbar wird, das Ausdehnungsrecht zugestehen müssen; Eger I 237, Sächs. G. § 13 Abs. 3. Ein eigenartiges Wahlrecht der Hypothekengläubiger bei Teilenteignung statuiert das Lüb. Ges. § 34. Vgl. auch Hamb. § 10d.

[82] Die Erleichterung der Anordnung vorübergehender Beschränkungen (oben Anm. 73) greift auch hier Platz.

[83] Der Enteignete kann natürlich, soweit er ersatzpflichtig ist, den Betrag als Teil seines Schadens in Ansatz bringen.

Digitized by Google

boten[84]. In diesem Sinne sprechen denn auch die meisten Gesetze jedem Mieter und Pächter, dessen Recht durch die Enteignung beeinträchtigt wird, einen unmittelbaren Entschädigungsanspruch gegen den Enteigner zu[85]. Andere Gesetze ziehen wenigstens den dem Mieter oder Pächter gegen den enteigneten Vermieter oder Verpächter zustehenden Entschädigungsanspruch in das Enteignungsverfahren hinein[86]. Diese Verdinglichung von Miete und Pacht für das Enteignungsrecht ist auch dem B.G.B. gegenüber in Kraft geblieben[87].

VIII. Wertersatz. Der Entschädigungsanspruch des Enteigneten geht auf baren, vollständigen und vorgängigen Ersatz des ihm entzogenen Vermögenswertes.

1. Der Anspruch richtet sich daher grundsätzlich auf Entschädigung in Geld[88]. Regelmäfsig ist der Kapitalwert des entzogenen Rechts durch einmalige Zahlung einer Geldsumme zu ersetzen; doch kann die Entschädigung durch eine Geldrente an die Stelle treten, wenn die Enteignung in blofser Beschränkung besteht[89] oder ein Recht von unbestimmter Dauer entzogen

[84] Vgl. Thiel S. 51 ff.; Grünhut S. 143 ff.; Wolff, Arch. f. prakt. Rechtswiss., N. F. III 258 ff.; Pražák S. 143; Seuff. XX Nr. 136. — A. M. Häberlin S. 185; G. Meyer S. 302; Seuff. XXXV Nr. 215.

[85] So z. B. Weimar. G. v. 26. Nov. 55 Art. 14 lit. c., Koburg. § 11, Gotha. § 11, Meining. Art. 10, 16 u. 31, Mecklenb. § 4 nebst A.V. zum B.G.B. § 90, Württ. Art. 14, Brem. § 24, Bad. § 14 Abs. 6 u. 7, Hess. Art. 12—13, Lüb. § 9. Ebenso das Französ. Ges. Art. 21; vgl. Grünhut S. 145. Vor allem aber auch das Preufs. G. § 11, wie dies gegenüber der Ansicht, dafs diese Vorschrift auf die blofs persönlichen Miets- und Pachtrechte in den gemeinrechtlichen Landesteilen unanwendbar sei (Dalcke § 11 Anm. 30, Eger I 328 ff., II 221 ff.), eingehend in der Entsch. des R.Ger. XXIX Nr. 67 dargelegt ist. Nach der gegenteiligen Ansicht wäre die Bestimmung des § 11 über Miets- und Pachtrechte unter der Herrschaft des B.G.B. überhaupt nicht mehr anwendbar. — Das Sächs. G. § 21 bestimmt Gleiches überhaupt für jedes „persönliche Gebrauchs- oder Nutzungsrecht".

[86] So Bayr. G. Art. 5 Z. 3; vgl. Oertmann S. 160 ff., der aber annimmt, dafs seit dem Inkrafttreten des B.G.B. der Entschädigungsanspruch nach Art. 2 unmittelbar gegen den Enteigner gehe. Ferner Hamb. G. § 9. Früher auch Bad. G. v. 1835 § 26. Österr. R. b. Pražák S. 148 ff.

[87] Insoweit sind in E.G. Art. 52 u. 109 auch Miete u. Pacht unter den „Rechten an der Sache" begriffen.

[88] Rohland S. 56 ff.; Pražák S. 170 ff.; Grünhut S. 121 ff.; Stobbe Anm. 49; Preufs. G. § 7, Bayr. Art. 10 u. 20, Sächs. § 20, usw.; R.Ger. XLI Nr. 70. — A. M. Thiel S. 35.

[89] Thiel S. 36; Rohland S. 57; Pražák S. 171; Eger I 103 ff. — Vgl. Preufs. Bergges. § 137.

Digitized by Google

wird[90]. Ausnahmsweise ist bei manchen Arten der spezialgesetzlich geregelten Enteignung die Entschädigung in Grund und Boden zu gewähren[91]. Überdies liegt eine Ergänzung der Geldentschädigung in der dem Unternehmer auferlegten öffentlichrechtlichen Pflicht, im Interesse der Nachbargrundstücke und im öffentlichen Interesse die zur Sicherung gegen Gefahren und Nachteile seines Unternehmens erforderlichen Anlagen (Wege, Triften, Einfriedigungen, Be- und Entwässerungsanlagen usw.) einzurichten oder zu unterhalten[92].

2. Der Anspruch richtet sich ferner auf vollständigen Wertersatz.

a. Im Falle der Eigentumsentziehung ist der volle Wert des Grundstücks einschliefslich der mitenteigneten Realrechte, Zubehörungen und Früchte zu ersetzen[93]. Die untere Grenze für die Höhe der Entschädigung bildet daher der objektive Wert der Sache, ihr sogenannter Verkaufswert oder gemeiner Verkehrs-

---

[90] So für Niefsbrauch, begrenzte persönliche Dienstbarkeit und Reallasten von unbestimmter Dauer Württ. G. Art. 36 (auf Verlangen), Sondersh. § 17 (mit Ablösungsrecht des Unternehmers); für das zum Heimfall stehende Recht des Vasallen nach Meckl. A.V. § 90. — Allgemein auf Verlangen eines Beteiligten in geeigneten Fällen nach Sächs. G. § 29 (jedoch mit beiderseitigem Ablösungsrecht bei veränderten Umständen).

[91] Preufs. G. § 7. So bei der agrarrechtlichen Enteignung. Zum Teil auch nach Wegebaugesetzen; Rohland S. 56 Anm. 4, Sächs. G. § 17. In weiterem Umfange noch nach Preufs. L.R. I, 9 § 271, II, 15 § 20. Vgl. auch Meckl. A.V. § 89.

[92] Preufs. G. § 14, Württ. Art. 7, Sächs. § 16—19, Bad. § 5, Anh. § 13, Lüb. § 16, Sondersh. § 8; Rohland S. 59 Anm. 11, Eger I 384 ff., O. Mayer Arch. f. öff. R. XV 518 ff., Layer S. 560 ff.

[93] Preufs. G. § 8 Abs. 1, Bayr. Art. 5, Sächs. § 22 mit § 26, Bad. § 7. — Soweit jedoch Anlagen, Neubauten, Anpflanzungen usw. nur in der Absicht vorgenommen sind, eine höhere Entschädigung zu erzielen, hat der Enteignete keinen Entschädigungsanspruch, sondern nur ein Wegnahmerecht; Preufs. G. § 13, Württ. Art. 13, Bad. § 12, Anh. § 12, Braunschw. § 8, Sondersh. § 14, Lüb. § 14, Hamb. § 12 Abs. 2. Nach manchen Gesetzen gilt das von allen wesentlichen Verbesserungen, die nach einem bestimmten Zeitpunkt gemacht sind; Bayr. G. Art. 12, Bad. v. 1835 § 36, Hamb. § 12 Abs. 1. Andere Gesetze lassen die Anzeige von der bevorstehenden Enteignung oder ein besonderes Verbot sperrend wirken; Hess. G. Art. 9, Oldenb. Art. 8, Meining. Art. 14 u. andere thür. G. b. Rohland S. 64 Anm. 16—20. Die beiden letztgedachten Wege vereinigt das Sächs. G. § 15 u. 27. Vgl. Treichler S. 156, Häberlin S. 189, Thiel S. 26 ff., G. Meyer S. 295 ff., Grünhut S. 108, Rohland S. 62 ff., Pražák S. 161 ff., Eger I 369 ff., Layer S. 539 ff., Schelcher, Komm. S. 89 ff. u. 321 ff.

Digitized by Google

wert[94]. Allein, da der Enteignete nicht verkaufen will, kann er auch den Ersatz eines höheren subjektiven Werts, den die Sache für ihn hat, verlangen[95]. Nur kommt lediglich der Vermögenswert, nicht der ideelle Wert oder der Wert der besonderen Vorliebe in Betracht[96]. Darum hat der Enteignete Anspruch auf den Ersatz des aus der bisherigen Benutzungsart der Sache für ihn sich ergebenden Gebrauchswerts[97]. Und er kann darüber hinaus den Ersatz des Vermögensschadens fordern, den er in ursächlichem Zusammenhange mit der Enteignung erleidet[98]. Zum Schaden gehört auch der entgangene Gewinn[99]. Handelt es sich um eine

---

[94] Auch der Annehmlichkeitswert kommt insoweit in Betracht, als er den Verkaufswert erhöht. Häberlin S. 186, G. Meyer S. 281, Grünhut S. 101, Rohland S. 66, Pražák S. 151 Anm. 2, Eger I 122 ff., Layer S. 507. Ob der Enteignete unentgeltlich erworben hat, ist gleichgültig; R.Ger. XXXVII Nr. 80.

[95] Beseler § 90 Anm. 60, G. Meyer S. 271 ff., Stobbe S. 521, Treichler S. 253, Rohland S. 55 ff., Schelcher, Rechtswirk. S. 191 ff., Layer S. 506 ff. Nach Preuſs. L.R. I, 11 § 9 den „auſserordentlichen Wert". So auch nach Preuſs. G. § 8; vgl. Dernburg I § 34, Förster-Eccius II § 131, Dalcke S. 57, R.Ger. V Nr. 68, XXXII Nr. 73; a. M. Eger I 123, 154 ff. — Bei der deichrechtlichen Enteignung wird nach Preuſs. Deichges. § 20 nur der gemeine Wert ersetzt; sie trifft aber auch nur Genossen.

[96] Beseler a. a. O., Häberlin S. 185, Rohland S. 66, G. Meyer S. 281, Thiel S. 24, Grünhut S. 101, Pražák S. 151, Dalcke S. 55, Eger I 157, Seydel S. 637 Anm. 2, Schelcher a. a. O. S. 223, Layer S. 522. Einige Gesetze sagen dies ausdrücklich; Rohland a. a. O. Anm. 3.

[97] Grünhut S. 103 ff., Rohland S. 66 ff., Pražák S. 154, Schelcher, Komm. S. 260 ff.; Bayr. G. Art. 5, Hess. Art. 11, Sondersh. § 16; Seuff. XX Nr. 35; R.Ger. XXXII Nr. 73, LVI Nr. 23; abweichend Eger I 134 ff. — Nach vielen Gesetzen aber (Preuſs. § 10, Württ. Art. 12, Bad. § 9, Anh. § 9, Sondersh. § 11) wird die bisherige Benutzungsart nur bis zu dem Geldbetrage berücksichtigt, der erforderlich ist, damit der Eigentümer ein anderes Grundstück in derselben Weise und mit gleichem Ertrage benutzen kann; vgl. R.Ger. XLV Nr. 66.

[98] Neuere Gesetze bestimmen ausdrücklich, daſs aller weiterer Schade, welcher dem Eigentümer infolge der Abtretung in seinem übrigen Vermögen erwächst, zu ersetzen ist; so Württ. G. Art. 9, Sächs. G. § 22, Bad. § 7, Sondersh. § 10, Hamb. § 6. Ebenso Bayr. G. Art. 5 (jedoch mit Begrenzung des Ersatzes für Erwerbsschaden auf höchstens 30 v. H. des Schätzungswerts des Grundstücks; Seydel S. 639). Gleiches ist aber überall anzunehmen; Grünhut S. 103 ff., Häberlin S. 186 ff., Rohland S. 74 ff., Pražák S. 159, Layer S. 516 ff.; a. M. Eger I 154 ff. Somit sind z. B. zu ersetzen: Geschäftsnachteile, Umzugskosten (R.Ger. XXXII Nr. 73), Ausfall von Miete wegen drohender Enteignung (R.Ger. XXXI Nr. 45, XLIII Nr. 86), Entschädigungsleistung an Dritte (oben Anm. 83) usw.

[99] Häberlin S. 187, Treichler S. 133, Thiel S. 28, G. Meyer

Digitized by Google

Teilenteignung, so ist auch die Wertminderung in Anschlag zu bringen, die das Restgrundstück infolge der Enteignung erleidet[100]. Die bloſse Möglichkeit künftig eintretender Nachteile oder Vorteile dagegen wird nicht beachtet[101]. Auſser Ansatz bleibt auch die Werterhöhung, die das abzutretende Grundstück erst infolge der Anlage, für die enteignet wird, erlangt[102]. Dafür braucht aber auch im Falle der Teilenteignung der Enteignete sich die Werterhöhung nicht anrechnen zu lassen, die vermöge der von dem Unternehmen zu erwartenden Vorteile für sein Grundstück eintritt[103]. Denn mögen nun diese Vorteile allgemeiner oder be-

---

S. 272 ff., Rohland S. 70, Pražák S. 155, Eger I 148 ff., Layer S. 513; Sächs. G. § 22 Abs. 2.

[100] Thiel S. 30 ff., Grünhut S. 102, Rohland S. 69 ff., Pražák S. 151, Layer S. 514 ff., Eger I 179 ff., 183 ff., Seydel S. 637 ff., Schelcher, Komm. S. 282 ff.; Preuſs. G. § 8 Abs. 2, Bayr. Art. 5, Sächs. § 22, Württ. Art. 11, Bad. § 10, Lüb. § 11, Mein. Art. 10, Sondersh. § 12. Als Wertminderung kommen auch die durch die Enteignung mittelbar verursachten Nachteile in Betracht, die für das Restgrundstück durch die Einwirkung des Unternehmens, für das enteignet wird, entstehen, mögen sie auch benachbarte Grundstücke, die nicht enteignet sind, genau so treffen; R.Ger. VIII Nr. 73 S. 262 ff., XIII Nr. 57, XLIV Nr. 78, b. Seuff. XL Nr. 114, XLVI Nr. 195; unrichtig R.Ger. II Nr. 65. Bei der Enteignung zur Ausführung eines Bebauungsplans muſs eine erst durch diesen entzogene Bebaubarkeit berücksichtigt werden; R.Ger. XXVIII Nr. 59; anders XVII Nr. 40. Vgl. noch Seuff. XXXI Nr. 42, XXXIV Nr. 222, XXXV Nr. 216, R.Ger. XXX Nr. 85, XXXI Nr. 87, XLI Nr. 70.

[101] Treichler S. 151, Häberlin S. 187 ff., Meyer S. 273 ff., Thiel S. 23, Rohland S. 72, Pražák S. 155, Beseler Anm. 17, Roth S. 246, Stobbe Anm. 62, Dalcke S. 51 ff., 60 ff., Eger I 150 ff.; Seuff. V Nr. 178, VII Nr. 323, XXII Nr. 150, XXIX Nr. 34, XXXI Nr. 337, XXXIV Nr. 47, XXXV Nr. 33, R.Ger. VII Nr. 73 S. 264 ff., VIII Nr. 55; Bad. G. § 8 Abs. 3.

[102] Preuſs. G. § 10 Abs. 2, Bayr. Art. 9, Württ. Art. 10, Bad. § 8 Abs. 2, Lüb. § 10, Hamb. § 6 u. viele andere Ges.; Grünhut S. 106, Pražák S. 160, Eger I 269 ff., Dalcke S. 65, Schelcher, Rechtsw. S. 276 ff., Layer S. 538 ff.

[103] So ausdrücklich Oldenb. G. Art. 9 Nr. 6, Meining. Art. 13 u. andere thüring. G. b. Rohland S. 90 Anm. 17, früheres Lüb. § 7. Die meisten Gesetze schweigen. Dann ist die Vorteilsanrechnung ausgeschlossen. So Treichler S. 156 ff., Häberlin S. 190 ff., G. Meyer S. 290 ff., Rösler S. 47, Grünhut a. a. O. S. 102, Pražák S. 167 ff., Rohland S. 81 ff., Stobbe Anm. 63, Dernburg § 34 Anm. 13, Dalcke S. 66, Layer S. 548 ff., Kohler, Encyklop. I 608; Seuff. XXIII Nr. 143, R.Ger. b. Gruchot XXXII 714, C.S. LIII Nr. 48, mit eingehender Begründung neuestens LVIII Nr. 57. — Dagegen wird von Vielen die Vorteilsanrechnung grundsätzlich für gerechtfertigt erklärt. Doch nur selten, wie von Eger I 202 ff., unbeschränkt. Die Meisten wollen nur die für das Restgrundstück erwachsenden besonderen, nicht die allgemeinen Vorteile anrechnen; so Thiel S. 31 ff., Grünhut S. 124 ff., Purgold, Arch. f. prakt.

Digitized by Google

sonderer Art sein, so werden sie dem Enteigneten ohne sein Zutun durch ein ihm vielleicht unerwünschtes Unternehmen aufgedrängt und von ihm möglicherweise gar nicht ausgenützt[104]; wird ihm für solche zwar mittelbar durch die Enteignung, unmittelbar aber durch das gemeinnützige Unternehmen verursachten Wertsteigerungen im Enteignungsverfahren die Leistung von Entgelt aufgezwungen, so wird dieses Verfahren, das nur auf Rechtsentziehung gegen Wertersatz gerichtet ist, zur Verwirklichung fremdartiger Gedanken benützt[105]. Doch ist die Vorteilsanrechnung in verschiedenem Umfange durch ausländische und neuerdings auch durch einzelne deutsche Gesetze vorgeschrieben[106]. Zum Teil freilich in solcher Beschränkung, daſs sich nur das auch ohne besondere Vorschrift anwendbare Prinzip ergibt, daſs, wenn für den infolge des Unternehmens für das Restgrundstück entstehenden Schaden Ersatz

R.W., N. F. VI 352 ff., bes. aber Oertmann, Die Vorteilsausgleichung bei Schadensersatzanspruch, Berlin 1901, S. 152 ff. (auch Bayr. Landesprivatr. S. 153 ff.). Eine schwer durchführbare Unterscheidung! Überdies soll die Anrechnung nicht auf die Gesamtentschädigung, sondern nur auf die Entschädigung für den Minderwert erfolgen. Hierfür, aber ohne Unterscheidung allgemeiner und besonderer Vorteile, auch Schelcher, Rechtsw. S. 424 ff., Komm. S. 78 ff. Anders Oertmann S. 166 ff., der die Anrechnung auf die Gesamtentschädigung vollziehen will. Durchaus folgerichtig! Aber nun kann der Enteignete ganz leer ausgehen. Ja, unter Umständen müſste er eigentlich noch zuzahlen.

[104] Man denke z. B. an die Anlegung eines Quais, der einen zu einer Villa gehörigen Garten vom Seeufer abschneidet, aber den Rest zu einem hochwertigen Bauplatz erhebt, während der Enteignete nicht an Verwertung denkt. Darum liegt die Sache hier anders, als hinsichtlich der Entschädigung für die mittelbaren Nachteile aus dem vom Enteigner gewollten Unternehmen (oben Anm. 100).

[105] Allerdings kommt vielleicht der Enteignete besser weg, als Nachbarn, die mit Rücksicht auf die gleichen Vorteile etwa umsonst oder für ein Geringes Boden abgetreten haben. Allein andererseits genieſsen vielleicht dieselben Vorteile auch Nachbarn, die nichts abzutreten hatten. Wenn das Zürch. G. § 17 auch die Beschwerung solcher nicht enteigneten Eigentümer mit einer Beitragspflicht zuläſst, so wird gerade hierin deutlich, daſs es sich um eine auſserhalb des Enteignungsrechts liegende Ausgleichsfrage (eine Art Sondersteuer, wie Layer S. 551 ff. richtig ausführt) handelt. Vgl. darüber namentlich F. Fleiner, Öffentlichrechtliche Vorteilsausgleichung, in Festgabe für Heusler, Basel 1904, S. 92 ff., bes. S. 111 ff.

[106] So in weitem Umfange Französ. G. v. 1841 Art. 51 (noch rücksichtsloser G. v. 1807 Art. 54), Zürch. G. v. 30. Nov. 79 § 12, andere Schweiz. G. b. Huber III 229 ff.; in beschränkterer Weise Belg. u. Ital. R.; vgl. Grünhut S. 127 ff., Schelcher, Rechtsw. S. 424 ff., Layer S. 542 ff. Von deut. Ges. das frühere Frankf. G. v. 1856 § 15, ferner Hamb. G. § 6, Lüb. § 11, Württ. Art. 11 Abs. 3, Sächs. G. § 24. Im Bad. G. ist eine ähnliche Bestimmung der Regierungsvorlage gestrichen; Fuchs S. 34 u. 51.

Digitized by Google

verlangt wird, die Nachteile im Ganzen abzuschätzen und daher insoweit nicht in Rechnung zu stellen sind, als sie durch entsprechende Vorteile aufgewogen werden[107].

b. Im Falle der Entziehung eines begrenzten Rechts ist der volle Wert des entzogenen Rechtes zu ersetzen. Die Berechnung des Rechtswertes erfolgt nach den für die Berechnung des Sachwertes mafsgebenden Grundsätzen, nimmt jedoch im Einzelnen bei den verschiedenen Gattungen der Rechte eine mannigfach ungleiche Gestalt an[108].

An sich steht jedem Berechtigten, dem sein Recht entzogen wird, ein selbständiger Entschädigungsanspruch gegen den Enteigner zu. Dies versteht sich von selbst, wenn ein Recht für sich enteignet wird[109]. Aber auch, wenn ein Recht zusammen mit dem Eigentum entzogen wird, hat an sich der Berechtigte einen selbständigen Entschädigungsanspruch neben dem Eigentümer, so dafs ihm vom Enteigner der besonders ermittelte Wert seines Rechtes zu ersetzen ist, während natürlich die Entschädigung des Eigentümers sich um den durch die Belastung etwa verursachten Minderwert des Grundstücks mindert. Hieran halten manche Gesetze hinsichtlich bestimmter Arten von Rechten fest[110].

---

[107] Nur dies besagt im Grunde das Württ. G. Art. 11 Abs. 3 und wohl auch das Lüb. § 11, sowie die Entsch. des R.Ger. XLIV Nr. 68 S. 287. Im Hamb. G. § 6 ist durch die Nov. v. 1899 § 1 die Anrechnung auf Werterhöhungen eingeschränkt, die durch die Anlage „unmittelbar“ entstehen; sie findet aber auf den ganzen Entschädigungswert statt. Am weitesten geht das Sächs. G. § 22, indem es die Anrechnung der Vorteile, „die der Eigentümer in betreff des verbleibenden Teiles durch die Enteignung selbst oder die Verwendung des enteigneten Gegenstandes zum Unternehmen erlangt“, auf allen außer dem Wert zu ersetzenden Vermögensschaden vorschreibt. Vgl. dazu Schelcher S. 304 ff. Vorteile aus der Enteignung selbst freilich können, wenn überhaupt, nur als Nachteilsminderungen vorkommen. Darin aber, daß durch Vorteile aus dem Unternehmen auch Nachteile aus der Enteignung selbst ausgeglichen werden sollen, liegt eine grundsätzliche Abweichung von dem sonst in Deutschland geltenden Recht.

[108] Grünhut S. 130 ff.; Eger I 297 ff. — Dabei finden ähnliche Schätzungen, Durchschnittsansätze des Jahresertrages und Kapitalisierungen statt, wie nach den Ablösungsgesetzen. Vgl. Bayr. G. Art. 6 (bei ständigen Bezügen das 30fache, bei unständigen das 25fache des durchschnittlichen Jahresertrages); Sondersh. § 17.

[109] Vgl. Meckl. A.V. § 91; Sächs. G. § 21 lit. a.

[110] So das Bayr. G. Art. 6 für alle dinglichen Nutzungsrechte, Dienstbarkeiten und Reallasten; Seydel S. 641. Das Bad. G. für Grunddienstbarkeiten (§ 13), sowie für Vorkaufsrechte, Miets- und Pachtrechte (§ 14 Abs. 5—7). Die Meckl. A.V. § 90 für Nutzungs-, Miets- und Pachtrechte. Das Sondersh. G.

Digitized by Google

Vielfach aber wird im Falle einer Gesamtenteignung der Wertersatz für die mitenteigneten Rechte nach dem sogenannten Surrogationsprinzip durch Anweisung auf die dem Eigentümer zu gewährende Gesamtentschädigung beschafft[111]. Dies gilt in Preufsen sogar grundsätzlich für alle mitbetroffenen Rechte[112], überall für gewisse Rechte[113]. Hier wird die Entschädigungsforderung des Eigentümers ohne jeden Abzug für die fraglichen Belastungen auf den vollen Sachwert festgestellt[114], jedoch an Stelle des Grundstücks in der den entzogenen Rechten entsprechenden Weise dinglich belastet[115]. Die Nebenberechtigten bleiben aber Beteiligte im Enteignungsverfahren; sie sind bei der Ermittlung des Sachwerts zuzuziehen und können selbständig gegenüber der administrativen Feststellung desselben den Rechtsweg beschreiten[116] und gegenüber einer Vereinbarung die gerichtliche Feststellung verlangen[117]. Auch können sie die Feststellung ihres Anteils an

---

§ 15—17 für Erbbaurechte, Grunddienstbarkeiten und Reallasten. Das Sächs. G. weist dem Inhaber eines mitbetroffenen Erbbaurechts oder sonstigen grundstücksgleichen Rechts notwendig die Stellung eines selbständig zu enteignenden „Hauptberechtigten“, den Inhabern sonstiger mitbetroffener Rechte die Stellung von „Nebenberechtigten“ zu; es gibt aber auch jedem Nebenberechtigten (außer Grundpfandgläubigern) einen Anspruch auf getrennt festzustellende und zu zahlende Entschädigung, falls er dies rechtzeitig beantragt oder ein Hauptberechtigter es rechtzeitig verlangt; § 21, 31 Abs. 1 u. 4, 41 Abs. 3, 43, 44.

[111] Vgl. Häberlin S. 193 ff., G. Meyer S. 304 ff., Grünhut S. 133, Schelcher, Rechtsw. S. 380 ff., Komm. S. 83 ff., Eger I 281 ff., Layer S. 489 ff.

[112] Preuß. G. § 8 u. 11. Ebenso Württ. Art. 14 (außer für Pächter und Mieter); Brem. G. § 12; Lüb. § 12.

[113] So stets für Grundpfandrechte; Bayr. G. Art. 11, Sächs. § 31 Abs. 4, Bad. § 14 Abs. 4 (früher § 76), Braunschw. § 15, Sondersh. § 18. Nach Sächs. G. § 31 Abs. 3 subsidiär (oben Anm. 110) für alle Nebenberechtigten. Nach Bad. G. § 14 Abs. 1—2 auch für Erbbaurechte, Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten und Reallasten. Ähnlich Hess. G. Art. 17, Sondersh. § 19. Vgl. Grünhut S. 131 ff., 136 ff., Pražák S. 141 ff., Roth Anm. 59—61.

[114] Wenn daher die Nebenberechtigten ihre Ansprüche nicht geltend machen, kommt dies dem Eigentümer zugute; R.Ger. XXX Nr. 53, XXXIII Nr. 71.

[115] Darüber unten X 4 S. 505.

[116] Preuß. G. § 30; Sächs. § 32 Abs. 2, § 33; Bad. § 45. In Preußen können sie auch klagen, wenn sie nicht zugezogen waren; R.Ger. XXVIII Nr. 56. Aber nur in der durch Zustellung an den Eigentümer in Lauf gesetzten Ausschlußfrist; R.Ger. XXIV Nr. 43.

[117] Preuß. G. § 46, Hess. Art. 55 nach E.G. Art. 279, Meckl. A.V. § 95, Sächs. G. § 80.

Digitized by Google

der Gesamtentschädigung innerhalb des Enteignungsverfahrens herbeiführen[118]. Überdies wird der Enteigner, obschon er nur dem Eigentümer zur Zahlung verpflichtet ist, hinsichtlich der Bewirkung der Zahlung durch ihre Anrechte gebunden[119].

Das Surrogationsprinzip gilt nach den deutschen Gesetzen nur mit dem Vorbehalt selbständiger Ansprüche der Nebenberechtigten auf eine Ergänzungsentschädigung wegen eines durch die Gesamtentschädigung nicht gedeckten Rechtswerts. Soweit daher der Wert eines mitbetroffenen Rechts für den Berechtigten in der Gesamtentschädigung nicht zum Ausdruck kommt, weil er die durch das Recht bewirkte Wertminderung des Eigentums übersteigt, kann der Berechtigte unmittelbar vom Enteigner eine Sonderentschädigung verlangen[120]. Eine derartige Ergänzungsentschädigung kann namentlich für mitenteignete dingliche Gebrauchs- und Nutzungsrechte zu gewähren sein[121]. Desgleichen für ein Miets- oder Pachtrecht[122], unter Umständen auch für eine Reallast[123], sowie für ein dingliches Vorkaufs- oder Wiederkaufsrecht[124]. Dagegen gewähren Grundpfandrechte, weil sie von vorn-

[118] Preufs. G. § 29 Abs. 2 S. 2; Sondersh. § 38; Eger II 265 ff. Doch ist ein Streit über das Anteilverhältnis lediglich im Prozefswege zwischen Haupt- und Nebenberechtigten auszutragen; Preufs. G. § 30 Abs. 1 S. 2, Bad. § 14 Abs. 2, Eger II 302 ff.

[119] Darüber unten X 4 S. 504.

[120] Preufs. G. § 11 mit § 29 Abs. 2 S. 1; Sächs. § 31 Abs. 3; Württ. Art. 14; Bad. § 14 Abs. 3; Sondersh. § 15—17; Lüb. §. 12; Vgl. Eger, Arch. f. c. Pr. LXX 51 ff., 249 ff., LXXXI 93 ff. — Teilweise abweichend Hamb. G. § 7—9.

[121] So kann ein Erbbaurecht, ein Abbaurecht, ein Wohnungsrecht oder eine andere beschränkte persönliche Dienstbarkeit aus subjektiven Gründen wertvoller sein, als die Wertminderung des belasteten Grundstücks; Württ. G. Art. 14. Aber auch ein Niefsbrauch kann für den Niefsbraucher einen Wert haben, den der an die Stelle tretende Niefsbrauch an der Entschädigung nicht erreicht; Bad. G. § 14 Abs. 3. Am meisten kann bei Grunddienstbarkeiten der Vorteil des herrschenden Grundstücks den Nachteil des dienenden Grundstücks an Wert übersteigen. Vgl. Eger I 306 ff., 312 ff.; Bähr u. Langerhans S. 55; Dalcke S. 69 ff.; Grünhut S. 133 ff.; Thiel S. 47 ff.; G. Meyer S. 306 ff.

[122] Preufs. G. § 11, R.Ger. XXXV Nr. 66; Sächs. G. § 31 Abs. 2 mit § 21. Vgl. G. Meyer S. 303, Grünhut S. 140, Dalcke S. 70, Eger I 332 ff. A. M. Bähr u. Langerhans S. 53 ff.

[123] Württ. G. Art. 14; Eger I 324 ff. Man denke z. B. an ein Altenteil; Hamb. G. § 8.

[124] Eger I 297 ff. Jedoch für ein Vorkaufsrecht nicht, wie Eger S. 299 annimmt, wegen Entziehung für diesen Fall. Denn ein Verkauf liegt nicht vor. Wohl aber wegen Entziehung für künftige Verkaufsfälle, wenn der Enteigner es nicht übernimmt.

Digitized by Google

herein auf Befriedigung aus dem Sachwert angelegt sind, nach den meisten Gesetzen niemals einen Anspruch auf Sonderentschädigung[125]. Auch die dinglichen Anwartschaftsrechte bei Lehen, Familienfideikommissen und Stammgütern werden lediglich durch Anwartschaftsrechte am Entschädigungskapital ersetzt[126].

c. Im Falle bloſser Beschränkung des Eigentums oder eines anderen Rechts ist voller Ersatz für die infolge der Beschränkung eintretende Wertminderung zu leisten. Die Entschädigung wird nach denselben Grundsätzen, wie im Falle der Entziehung, bestimmt[127]. Dies gilt namentlich auch für das Verhältnis zwischen dem Entschädigungsanspruch des Eigentümers und den Entschädigungsansprüchen für die von der Eigentumsbeschränkung mitbetroffenen Rechte[128].

3. Der Entschädigungsanspruch richtet sich endlich grundsätzlich auf vorgängige Entschädigung[129]. Der Enteignete soll das ihm auferlegte Opfer erst zu bringen haben, nachdem die ihm geschuldete Gegenleistung bewirkt ist. Dieser Anspruch auf Vorleistung wird in den meisten deutschen Gesetzen dadurch gesichert, daſs die Vollziehung der Enteignung und damit der Eintritt der dinglichen Rechtsänderung durch die Entschädigungsleistung bedingt ist[130]. Soweit hiervon in dringlichen Fällen Ausnahmen zu-

---

[125] Thiel S. 52 ff., G. Meyer S. 307, Grünhut S. 136, Eger I 299 ff., Layer S. 495. Allerdings kann der Grundpfandgläubiger durch verfrühte Zahlung oder Ablösung einen Schaden erleiden; Randa, Eigent. S. 171 Anm. 66. Allein nur das Sächs. G. § 31 Abs. 4 gewährt ihm wegen dieses Schadens einen besonderen Ersatzanspruch.

[126] G. Meyer S. 304 ff.; Eger I 299; Meckl. A.V. § 90; Meining. G. § 90.

[127] Preuſs. G. § 12; Bad. § 15 Abs. 1; Sondersh. § 19; Lüb. § 13; Eger I 359 ff.; Schelcher, Komm. S. 291 ff. — Besondere Vorschriften gelten für die Entschädigung wegen vorbereitender Eingriffe; Preuſs. G. § 5, Bad. § 4.

[128] Auch hier also gilt teils selbständige Entschädigung, teils Anweisung auf die Eigentümerentschädigung unter Anwendung des Surrogationsprinzips (E.G. z. B.G.B. Art. 52), im letzteren Falle aber mit Vorbehalt eines selbständigen Anspruchs des Berechtigten auf Sonderentschädigung wegen einer durch die Eigentümerentschädigung nicht gedeckten Wertentziehung.

[129] Dies wird meist sogar in den Verfassungsurkunden gewährleistet; so Preuſs. § 9, Bayr. T. 4 § 8, Württ. § 30, Bad. § 14, Hess. Art. 27, Oldenb. Art. 60 § 2, Braunschw. § 33, Reuſs j. L. § 21. Ebenso Meckl. A.V. § 97, Sondersh. G. § 2.

[130] So nach Preuſs. G. § 32, Bayr. A.G. z. C.Pr.O. Art. 51, Württ. G. Art. 37, Bad. § 49, Hess. Art. 49, Lüb. § 35 u. den meisten neueren Ges. — Nach manchen älteren Ges. konnte die Enteignung früher ausgesprochen werden, blieb aber in ihrer dinglichen Wirkung durch die Entschädigungsleistung bedingt; Bad. G. v. 1835 § 1 u. 88, Sächs. G. b. Schelcher, Rechtsw. S. 41 u. 47. — Das

Digitized by Google

lässig sind oder die Höhe der Entschädigung nicht im voraus festgestellt werden kann, ist wenigstens vorgängige Sicherheitsleistung vorgeschrieben[181]. In neuester Zeit aber hat das Sächsische Gesetz mit dem Grundsatz der vorgängigen Entschädigung überhaupt gebrochen und sieht in allen Fällen die Rechts- und Besitzübertragung auf den Enteigner nach bloſser Sicherheitsleistung vor[182].

IX. Verfahren. Die Enteignung erfolgt in einem geordneten Verwaltungsverfahren, das nach dem Preuſsischen Gesetz und den meisten späteren Gesetzen in drei gesonderte Abschnitte zerfällt, im einzelnen aber in sehr verschiedener Weise geregelt ist[183].

1. Der erste Abschnitt des Verfahrens zielt auf Feststellung des Gegenstandes der Enteignung[184]. Zu diesem Behufe wird ein Enteignungsplan aufgestellt und vorläufig geprüft, das Ergebnis den Beteiligten kundgemacht und über erhobene Einwendungen kontradiktorisch verhandelt[185]. Die endgültige Fest-

---

Französ. G. v. 1841 Art. 53 macht zwar nicht den Eigentumsübergang, aber den Anspruch auf Besitz von der Entschädigungsleistung abhängig. — Vgl. O. Mayer S. 44 ff., Layer S. 457 ff.

[181] Vgl. Preuſs. G. §§ 5, 12, 34, Bayr. A.G. Art. 51, Württ. G. Art. 38, Bad. § 52, Anh. § 31, Lüb. § 39 ff., Brem. § 45; O. Mayer S. 46, Layer S. 460 Anm. 1.

[182] Sächs. G. § 49—50 mit § 6. Das Reich, die deutschen Staaten und sichere juristische Personen des öffentlichen Rechts sind auch von der Sicherheitsleistung befreit. Die V.U. Art. 31 stand dieser auffälligen Neuerung nicht entgegen.

[183] Vgl. G. Meyer S. 308 ff., Thiel S. 79 ff., Grünhut S. 201 ff., Pražák S. 185 ff., O. Mayer § 33. — Im Folgenden legen wir die preuſsische Ordnung zugrunde. Die Abweichungen anderer Gesetze beruhen teils auf der Hineinziehung der Feststellung des Enteignungsfalles (oben IV 2), teils auf dem Mangel eines Enteignungsausspruchs, teils auf der ungleichen Behandlung des Entschädigungsverfahrens. — Neben dem ordentlichen Verfahren gibt es meist ein auſserordentliches Verfahren in dringlichen Fällen oder (wie nach Sächs. G. § 67—70) nebeneinander ein abgekürztes und ein Dringlichkeitsverfahren. Dazu treten zahlreiche Besonderheiten des Verfahrens in den sonderrechtlich geregelten Enteignungsfällen. Die Kosten trägt grundsätzlich der Enteigner; Preuſs. G. § 43, Bayr. A.G. Art. 52, Sächs. G. § 90, Bad. § 55.

[184] Preuſs. G. § 15—23; Württ. Art. 16—26; Sächs. § 40—45; Lüb. § 17—23. In Bayern wird diese Feststellung mit der endgültigen Feststellung des Enteignungsfalles (oben Anm. 47) verbunden; Seydel S. 644 ff. Ebenso in Baden („Abtretungsverfahren" nach G. § 16—33), sowie der Regel nach in Österreich (Pražák S. 189, Randa Anm. 54) und bei der bergrechtlichen Enteignung auch in Preuſsen (Bergges. § 142, oben Anm. 45).

[185] In Preuſsen wird zunächst der vom Unternehmer aufzustellende Plan durch den Regierungspräsidenten vorläufig geprüft und festgestellt (§ 15).

Digitized by Google

stellung erfolgt nach den meisten deutschen Gesetzen durch Verwaltungsbescheid[186], in Bayern und Württemberg durch verwaltungsgerichtliches Urteil[187], nach französischem und elsafs-lothringischem Recht durch Urteil des Zivilgerichts[188].

Soweit die Beteiligten nach Eröffnung des Verfahrens sich über den Gegenstand der Abtretung geeinigt haben, entfällt die staatliche Feststellung. Eine freiwillige Vereinbarung wird staatlich befördert[189], hat aber an sich nur die ihr entsprechenden rechts-

---

sodann auf Antrag des Unternehmers das Verfahren behufs definitiver Planfeststellung eingeleitet, der Plan 14 Tage lang zu Jedermanns Einsicht offen gelegt und über erhobene Einwendungen kommissarisch verhandelt (§ 18—20). In Bayern wird nach Erledigung des Einleitungsverfahrens (oben Anm. 47) der Enteignungsplan zur Einsicht aufgelegt, gleichzeitig aber unter öffentlicher Aufforderung und schriftlicher Ladung der Beteiligten eine Tagfahrt zur Verhandlung angesetzt; Seydel S. 644 ff. In Württemberg ist das Verfahren ähnlich wie in Preufsen; über Einwendungen findet mündliche Verhandlung vor einer besonders bestellten Kommission statt, die sich gutachtlich zu äußern hat (Art. 16—22 u. 23 Abs. 1). In Baden folgt auf das Einleitungsverfahren beim Bezirksamt, falls das Ministerium des Innern nicht den Fortgang beanstandet, nach gehöriger Offenlegung des vorläufigen Planes eine Tagfahrt vor der „Abtretungskommission", die mit einem „Gutachten" schließt, und die vorläufige Entschließung des Ministeriums des Innern (§ 16—27); Besonderheiten gelten bei der Erstreckung auf mehrere Amtsbezirke (§ 28), bei Eisenbahnanlagen (§ 29) und bei Ortsstraßenanlagen (§ 30 u. Ges. v. 6. Juli 1896). — Über das französ. Verfahren Grünhut S. 203 ff.

[186] In Preufsen durch Beschluß des Bezirksausschusses, gegen den binnen 10 Tagen seit der Zustellung die Beschwerde an den Minister der öffentlichen Arbeiten offen steht; G. § 21—22 mit Ges. v. 1. Aug. 83 § 150. In Sachsen durch das Ministerium des Innern oder, falls die Enteignungsbehörde selbst das Enteignungsrecht verliehen hatte, durch diese; G. § 45 mit § 35 ff. In Baden durch Entschließung des Staatsministeriums; G. § 31—32. — Der Beschlufs hat den Gegenstand der Enteignung, den Umfang des abzutretenden Grundbesitzes, die Art und den Umfang der aufzuerlegenden Beschränkungen usw. festzustellen, auch eine Frist für Geltendmachung des Enteignungsrechts zu bestimmen und die oben Anm. 92 bezeichneten Verpflichtungen des Unternehmers auszusprechen. — Das Sondersh. G. § 31 nennt diesen Beschluß „Enteignungsbeschlufs".

[187] Vgl. Seydel S. 646, oben Anm. 47. In Württemberg entscheidet die als „Enteignungsbehörde" berufene Verwaltungsbehörde, es steht aber dem Unternehmer und jedem Beteiligten binnen 14 Tagen Beschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshof offen; G. Art 2 Abs. 3, Art. 25.

[188] Grünhut S. 216 ff.; O. Mayer S. 8 Anm 7, S. 21 Anm. 27.

[189] Preufs. G. § 16—17 (Voraussetzung ist, daß es sich um einen zum Unternehmen erforderlichen Gegenstand handelt; dann wird die Legitimation gesetzlicher Vertreter und die Verfügung über gebundene Güter erleichtert;

Digitized by Google

geschäftlichen Wirkungen[140]. Nur das Sächsische Enteignungsgesetz (§ 78) sieht die Bestätigung eines derartigen Vertrages durch die Enteignungsbehörde mit der Wirkung vor, dafs mit der Bestätigung die dingliche Rechtsänderung eintritt. Beschränkt sich die Vereinbarung auf einzelne Stücke der bezweckten Rechtsänderung, so wird durch sie das Enteignungsverfahren nur teilweise erledigt, nimmt dagegen im übrigen seinen Fortgang[141].

2. Der zweite Abschnitt des Verfahrens richtet sich auf Feststellung der Entschädigung. Die Entscheidung eines Streites über die Höhe der Entschädigung ist fast überall den ordentlichen Gerichten vorbehalten[142]. Nach manchen Gesetzen findet die Erledigung der Entchädigungsfrage von vornherein im Rechtswege statt[143]. Meist aber erfolgt auch die Feststellung der Entschädigung zunächst auf Grund des Gutachtens von Sachverständigen nach Verhandlung mit den Beteiligten im Verwaltungs-

---

auch fallen Veräufserungsbeschränkungen auf Grund von Teilungsverboten weg). Vgl. Französ. G. v. 1841 Art. 13; Bayr. A.G. Art. 55; Bad. G. § 25 u. 34; Hess. Art. 36—38 u. 70; Lüb. § 18; Meckl. A.V. § 99.

[140] Somit ist zum Übergange des Eigentums Auflassung und Eintragung, zum Besitzerwerbe Übergabe nötig. Doch ist durch Aufnahme und Unterzeichnung des Protokolls der Formvorschrift des B.G.B. § 313 genügt, meist auch die Auflassung vor der Enteignungsbehörde zulässig. Vgl. Preufs. G. § 17 Abs. 1 mit A.G. zu B.G.B. Art. 12 (nicht anwendbar im bergrechtlichen Enteignungsverfahren, R.Ger. LVI Nr. 48), Bad. § 34 Abs. 1, Meckl. A.V. § 99. Bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 116, Hess. Art. 279 (Art. 38), Altenb. § 50, Meining. Art. 14 § 3, Reufs ä. L. § 73, Reufs j. L. § 65. So auch nach Sächs. G. § 82 mit A.G. z. B.G.B. § 20 bei Vereinbarungen, die zwar nicht eine drohende Enteignung ersetzen, aber mit dem Verfahren zusammenhängen.

[141] Vgl. O. Mayer S. 47 ff., Fuchs S. 65. Daher tritt, wenn die Entschädigungsfrage vorbehalten ist, das Verfahren behufs Feststellung der Entschädigung ein. Haben Nebenberechtigte nicht zugestimmt, so muſs hinsichtlich ihrer auch das Verfahren behufs Feststellung des Gegenstandes fortgesetzt werden. Das Sächs. G. § 79 gewährt den Nebenberechtigten nur ein Widerspruchsrecht binnen einer Ausschluſsfrist von 14 Tagen nach Mitteilung des Vertrages; wird rechtzeitig Widerspruch erhoben, so ist über die Zulässigkeit und den Gegenstand der Enteignung zu entscheiden, als sei kein Vertrag geschlossen.

[142] Vgl. Sächs. V.U. § 31, Württ. § 30, unten Anm. 145. Nach engl., amerikan. u. französ. R. entscheidet eine Jury; Grünhut S. 239 ff., Layer S. 474 ff. Auch in Hamburg u. Braunschweig entscheiden endgültig Sachverständigenkommissionen; Layer S. 472.

[143] So nach Brem. G. § 18 ff., früher auch nach Bayr. R., Bad. G. § 3 u. 48, Hess. Art. 10. Ferner in Österreich bei Enteignung für Eisenbahnzwecke, in Ungarn u. zum Teil in der Schweiz; Pražák S. 240 ff., Randa S. 176, Layer S. 469.

Digitized by Google

wege[144]. Allein der Feststellungsbeschlufs der Verwaltungsbehörde kann von jedem Beteiligten innerhalb einer bestimmten Ausschlufsfrist im Rechtswege angefochten werden[145]. Nur wenn auf die Beschreitung des Rechtsweges verzichtet oder die Frist versäumt wird, erlangt der Beschlufs der Verwaltungsbehörde endgültige Kraft.

Durch Einigung der Beteiligten über die Höhe der zu leistenden Entschädigung wird deren staatliche Feststellung ersetzt. Eine solche Vereinbarung wird staatlich befördert[146]. Im übrigen wird das Enteignungsverfahren von ihr nicht berührt[147].

3. Den dritten Abschnitt des Verfahrens bildet die Vollziehung der Enteignung. Während nach den älteren Gesetzen der Enteignungsausspruch in der Feststellung des Gegenstandes der Enteignung enthalten und nur hinsichtlich seiner Wirksamkeit durch die Feststellung und meist auch die Leistung der Entschädigung bedingt ist[148], kennen neuere Gesetze einen das Enteignungsverfahren abschliefsenden besonderen staatlichen Enteignungsausspruch[149]. Vor allem schreibt das Preufsische Gesetz, dem sich die meisten späteren Gesetze angeschlossen haben, die Vollziehung der Enteignung durch einen förmlichen Enteignungs-

---

[144] Preufs. G. § 24 ff., Bayr. A.G. Art. 45 ff., Sächs. G. § 46 ff., Württ Art. 27 ff., Anhalt. § 23, Meining. Art. 31, Sondersh. § 34 ff., Österr. G. b. Pražák S. 204 ff. Ebenso noch Bad. G. § 36—44; doch ergeht hier der Feststellungsbescheid durch eine aus dem Landeskommissär und 2 oder 4 sachkundigen Beisitzern in ehrenamtlicher Stellung gebildete Kommission. Auch in Lübeck sind besondere Sachverständigenkommissionen zur Feststellung der Entschädigung berufen.

[145] Preufs. G. § 30 (binnen 6 Monaten); Bayr. A.G. z. C.Pr.O. Art. 50 (binnen 1 Monat); Sächs. G. § 33 (binnen 1 Jahr); Bad. G. § 45 (binnen 6 Monaten); Anhalt. § 29; Lüb. § 29 (binnen 2 Mon.). — Nach dem Württ. G. Art 41 kann nur der Enteignete binnen 6 Monaten klagen, der Unternehmer nur, wenn von dem anderen Teil geklagt ist, Herabminderung verlangen.

[146] Preufs. G. § 26; Sächs. § 80—81; Bayr. A.G. Art. 55; Bad. G. § 43; Brem. § 20 ff.; Lüb. § 26.

[147] Es bedarf daher, falls nicht das Eigentum schon abgetreten ist, noch der Vollziehung der Enteignung; Preufs. G. § 33.

[148] So nach Hess. G. v. 1821, Bad. v. 1835, Bayr. v. 1837, Braunschw. v. 1867; ebenso nach Belg., Österr. und Schweiz. R.

[149] So schon Kurhess. G. v. 1834 § 8; vgl. G. Meyer, Eigentumserwerb S. 8. Nach dem früheren Frankf. G. v. 1837 § 10 u. 14 erfolgte ein Zuspruch durch gerichtliches Urteil. Ebenso nach Brem. G. v. 1882 § 40, während das G. v. 1899 Art. 4 einen „Enteignungsbeschlufs" des Amtsgerichts an die Stelle gesetzt hat.

Digitized by Google

beschlufs vor[150]. Der Enteignungsausspruch darf regelmäfsig erst erfolgen, nachdem die Entschädigung endgültig festgestellt oder vereinbart und gezahlt oder hinterlegt ist; nur in dringlichen Fällen wird die Enteignung schon nach Zahlung oder Hinterlegung der im Verwaltungswege festgestellten Entschädigung vor Erledigung des Rechtsweges zugelassen[151]. Doch begnügen manche Gesetze sich überhaupt mit Zahlung der im Verwaltungswege festgesetzten Entschädigung[152]. Und das Sächsische Gesetz, das die behördliche Enteignungserklärung und die behördliche Überweisung des Gegenstandes unterscheidet, läfst, da es mit dem Prinzip der vorgängigen Entschädigung gebrochen hat, den Enteignungsbeschlufs stets und bei genügender Sicherheit auch die Überweisung unmittelbar auf die verwaltungsrechtliche Festsetzung der Entschädigung folgen und macht nur in den Fällen, in denen nicht sofortige Überweisung verlangt werden kann, die Überweisung von der Zahlung oder Hinterlegung der Entschädigung abhängig[153].

X. Wirkungen. Die Enteignung zielt auf dingliche Rechtsänderung, begründet aber schon vorher ein die Beteiligten bindendes Rechtsverhältnis. Man mufs daher den Eintritt dieser Gebundenheit, der auch als „Perfektion der Enteignung" bezeichnet wird, und den Eintritt der dinglichen Rechtsänderung (Vollzug

---

[150] Preufs. G. § 32 (der Beschlufs, den der Bezirksausschufs fafst, ist unanfechtbar, wird aber erst mit der Zustellung rechtskräftig). Bayr. A.G. Art. 51; vgl. Meyer a. a. O. S. 9. Sächs. G. § 49 („Enteignungserklärung"). Württ. G. Art. 37 u. 39 („Enteignungsverfügung"). Bad. G. § 49 („Enteignungsbeschlufs"). Hess. Art. 48 ff. („Enteignungsausspruch"). Meckl. § 19 u. 22 mit A.V. § 97 („Enteignungserklärung"). Oldenb. Art. 31 u. 34. Goth. § 32 ff. Kob. § 32 ff. Anh. § 31 ff. Schaumburg-Lippe § 28 u. 39. Sondersh. § 42 ff. („Übereignungsbeschlufs"). Lüb. § 35 („Enteignungserklärung").

[151] Preufs. G. § 34—35; Lüb. § 39—41; Brem. § 45. Manche Gesetze lassen im Dringlichkeitsverfahren nur verfrühte Einweisung in den Besitz zu; so Bad. G. § 52, Hess. Art. 43, Sondersh. § 33. Vgl. Thiel S. 170 ff., G. Meyer S. 331 ff., Rösler § 200, Grünhut S. 264 ff., Eger II 359 ff. — Die besondere Behandlung dringlicher Fälle ist scharf zu unterscheiden von den staatlichen Eingriffen in Notfällen, bei denen Enteignung im technischen Sinne überhaupt nicht vorliegt; Grünhut S. 263, Rösler § 201, Rohland S. 4, O. Mayer S. 268, Eger II 545 ff., Seydel S. 650. Doch finden die Vorschriften über Entschädigung entsprechende Anwendung; Hess. G. Art. 73 nach A.G. z. B.G.B. Art. 279.

[152] So Württ. G. Art. 37 (in dringlichen Fällen nach Art. 38 ausnahmsweise noch früher gegen Sicherheitsleistung).

[153] Sächs. G. § 49—50, 57; in dringlichen Fällen ist gegen Sicherheitsleistung die Enteignung sogar vor Feststellung des Gegenstandes und der Entschädigung zulässig, § 70.

Digitized by Google

der Enteignung) unterscheiden[154]. Besonderer Erörterungen bedürfen die Fragen nach dem Übergange des Besitzes und nach der Entstehung und Entfaltung der Entschädigungsforderung.

1. Gebundenheit. Die Gebundenheit der Beteiligten tritt mit der endgültigen staatlichen Feststellung des Gegenstandes der Enteignung ein[155]. In diesem Augenblicke steht es fest, daſs das Grundstück der beantragten Rechtsänderung unterworfen ist. Daſs die Höhe der zu leistenden Entschädigung noch nicht ermittelt ist, kommt nicht in Betracht, da die Entschädigungsforderung als solche bereits entstanden und ihr Betrag objektiv bestimmbar ist.

Der Enteigner hat nunmehr einen festen Anspruch auf den der Feststellung entsprechenden Rechtserwerb gegen Wertersatz. Dieser Anspruch richtet sich gegen den jeweiligen Träger des zu enteignenden Rechts und wird durch eine während des Enteignungsverfahrens getroffene Verfügung des Berechtigten nicht berührt[156]. Doch ist die Geltendmachung des Anspruchs meist an eine bestimmte gesetzliche oder im Feststellungsbeschluſs gesetzte Frist gebunden[157].

[154] O. Mayer S. 38 ff. verwirft den Begriff einer „Perfektion" der Enteignung vor Eintritt der dinglichen Rechtsänderung. Der Ausdruck läſst sich bemängeln. Aber O. Mayer bekämpft auch den zugrunde liegenden Gedanken. Er läſst kein materielles Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten, sondern nur „Nebenwirkungen des Fortganges der Enteignung" entstehen.

[155] Burkhardt S. 230 ff., Grünhut S. 187 ff., Pražák S. 57, Sieber S. 164 ff., Schelcher S. 9 ff., Randa S. 188 ff., Roth S. 244, Stobbe Anm. 34; vgl. R.Ger. VII Nr. 73. Ebenso G. Meyer, V.R. S. 287 (anders zum Teil Expropr. S. 213 ff.). — Auch vom Standpunkte des Zwangsverkaufes nehmen Manche eine „Perfektion" vor der Preisfeststellung an; so Gerber Anm. 1, Gruchot S. 83, Seuff. XXXI Nr. 130, XXXVI Nr. 202. Anders Häberlin S. 200, Martin, Arch. f. prakt. R.W. IX 170 ff., Seuff. XIV Nr. 226, XXXIV Nr. 305; früher auch Beseler § 92 Anm. 15.

[156] Der öffentliche Glaube des Grundbuchs gewährt dem Rechtsnachfolger keinen Schutz gegen die Wirkung des Enteignungsverfahrens; vgl. Sächs. G. § 77. Doch soll nach den meisten Gesetzen die Einleitung des Verfahrens von Amts wegen im Grundbuch vermerkt werden; Preuſs. G. § 24 Abs. 2; Sächs. A.G. z. B.G.B. § 19, Württ. Art. 209 Z. III, Rudolst. Art. 77, Reuſs ä. L. § 72; Altenb. A.G. z. Grdb.O. § 9. Ebenso Sondersh. G. v. 1899 § 23, nach dem der Eröffnungsbeschluſs wie ein Veräuſserungsverbot wirkt. Nach Bad. G. § 35 erfolgt der Vermerk erst nach der endgültigen Feststellung des Gegenstandes. Der Vermerk hat aber immer nur informatorische Bedeutung. Vgl. Pražák S. 62, Eger II 207 ff., Seydel S. 634.

[157] Preuſs. G. § 21 u. 42; Württ. Art. 23 u. 40; Bad. § 38; Hamb. § 13; Layer S. 372 ff.

Digitized by Google

Auch der Enteignete aber hat nunmehr einen festen Anspruch auf Vollziehung der Enteignung und somit auf Wertersatz gegen Abnahme des Gegenstandes[158]. Der Enteigner kann den Erwerb nicht mehr ablehnen, wenn er des Gegenstandes nicht mehr bedarf oder die Entschädigung zu hoch findet. Demgemäfs geht auch die Gefahr auf ihn über[159]. Verschleppt er den Vollzug der Enteignung, so kann der Enteignete von sich aus den Fortgang des Verfahrens betreiben[160]. Doch weichen in diesem Punkte viele Gesetze ab, indem sie eine derartige volle Gebundenheit des Enteigners durch die Feststellung des Gegenstandes der Enteignung nicht eintreten lassen, ihn vielmehr für den Fall, dafs er zurücktritt oder seinen Anspruch nicht geltend macht, nur verpflichten, den Beteiligten den aus dem bisherigen Verfahren entstandenen Schaden zu ersetzen[161]. Die volle beiderseitige Gebundenheit tritt hier entweder (wie in Preufsen) mit der Feststellung der Entschädigung

[158] Grünhut S. 187, Pražák S. 59 Anm. 24, Randa S. 188, Roth Anm. 48, Stobbe Anm. 35, G. Meyer, V.G. S. 287; Seuff. XIV Nr. 226, XXVII Nr. 36, XXXIII Nr. 37; Sondersh. G. § 55. — Abweichend Layer S. 443 ff., der grundsätzlich jede Gebundenheit des Enteigners gegenüber dem Enteigneten leugnet und in allen gegenteiligen Vorschriften nur positive Ausnahmebestimmungen erblickt.

[159] Grünhut S. 189; G. Meyer a. a. O.; Sondersh. G. § 20. A. M. Pražák S. 60. Das Bad. G. setzt voraus, dafs die Gefahr erst mit dem Eigentum übergeht, und schreibt nur bei verfrühter Besitzeinweisung den Übergang der Gefahr schon mit dieser vor; § 54 Abs. 2. Nach Sächs. G. § 73 Abs. 2 geht die Gefahr mit Eröffnung der Enteignungserklärung über.

[160] Vgl. O. Mayer II 53; Layer S. 445 ff. So kann nach Bayr. A.G. z. C.Pr.O. Art. 46 Abs. 2 der Enteignete nach 6 Monaten den Antrag auf Einleitung des Schätzungsverfahrens stellen. Nach dem Französ. G. v. 1841 kann er nach 1 Jahr die Erlassung des Enteignungsurteils und 6 Monate nach dessen Erlafs die Feststellung der Entschädigung beantragen. Vgl. auch Öst. Eisenbahng. § 23. — Nach Sächs. G. § 46 ff., Sondersh. § 34 ff., Lüb. § 24 ff. wird das Entschädigungsverfahren von Amts wegen eingeleitet. Ebenso nach Bad. G. § 38 nach Ablauf der gesetzlichen Frist von 3 Monaten oder der dafür gesetzten kürzeren oder längeren Frist, während vorher sowohl der Enteignete wie der Enteigner die Einleitung beantragen kann. — Dagegen ist in Preufsen u. Württemberg ein Antrag des Enteigners unerläfslich; für Preufsen wird jedoch von Manchen angenommen, dafs der Enteignete den Unternehmer klageweise zur Stellung des Antrags anhalten kann; Eger II 201.

[161] So Preufs. G. § 42, Sächs. § 76, Württ. Art. 40, Bad. § 58, Anhalt. § 58, Hamb. § 13; ältere Ges. b. Grünhut S. 197, Österr. b. Randa S. 189. Vgl. Eger II 435 ff., O. Mayer II 57. Die Entschädigungspflicht tritt auch ein, wenn der Unternehmer nach Eröffnung des Verfahrens vor der Feststellung des Gegenstandes zurücktritt, ist daher für diesen Fall auch im Sondersh. G. § 55 vorgesehen.

Digitized by Google

ein[162] oder (wie in Baden) in einem noch späteren Zeitpunkt[163] oder (wie in Sachsen und Württemberg) überhaupt nicht[164].

2. Dingliche Rechtsänderung. Die dingliche Rechtsänderung erfolgt durch konstitutive staatliche Willenserklärung. Sie vollzieht sich unabhängig von jeder Abtretungshandlung des Enteigneten und von jeder Erwerbshandlung des Enteigners. Darum kommt sie, falls die gesetzlichen Formen des Enteignungsverfahrens gewahrt sind, auch zustande, wenn in diesem Verfahren ein Anderer als der wahre Enteignete die Rolle des Enteigneten gespielt hat. Durch die Ordnung des Verfahrens wird die Beteiligung der wahren Berechtigten möglichst gesichert[165]. Ist gleichwohl das Verfahren gegen einen Nichteigentümer oder sonst gegen einen Nichtberechtigten gerichtet gewesen, so wird dadurch der Eintritt der dinglichen Rechtsänderung nicht gehindert[166].

Der Zeitpunkt, in dem die dingliche Rechtsänderung eintritt, richtet sich nach dem Inhalte der staatlichen Willens-

---

[162] Preuſs. G. § 42 Abs. 2. Sobald die Entschädigung im Verwaltungswege festgestellt ist, hat der Enteignete die Wahl, ob er lediglich Ersatz wegen der entstandenen Nachteile oder Zahlung der Entschädigung gegen Rechtsabtretung verlangen will.

[163] Bad. G. § 44 Abs. 6: mit Ablauf eines Monats nach Zustellung des Feststellungsbescheides über die Entschädigung.

[164] Sächs. G. § 76: Rücktrittsrecht des Unternehmers bis zur Enteignungserklärung. Württ. G. Art. 40: Das Enteignungsverfahren tritt nicht bloſs, wenn der Antrag auf Feststellung der Entschädigung nicht rechtzeitig gestellt ist, sondern auch dann auſser Wirkung, wenn die festgestellte Entschädigung nach 3 Monaten nicht gezahlt oder hinterlegt ist.

[165] Vgl. Preuſs. G. § 24 Abs. 3 u. 4, § 25 Abs. 2; O. Mayer II 20 ff.

[166] Thiel S. 8, Laband S. 174, Schelcher S. 94, Bähr u. Langerhans S. 81, Stobbe Anm. 47, O. Mayer S. 21 u. 33 ff., Fuchs S. 99, Layer S. 605 ff.; Sächs. G. § 71, Hamb. § 24, Französ. Art. 18. A. M. Burkhardt S. 243, G. Meyer S. 244, Seydel S. 635. — Der Rechtserwerb aus Enteignung bedarf also nicht der Stütze durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Darum schlieſsen die A.G. z. B.G.B. f. Sachsen § 18 Abs. 1 u. f. Reuſs ä. L. § 71 Abs. 2 ausdrücklich die Anwendung der §§ 892 u. 893 B.G.B. aus. Dagegen sollen nach dem A.G. f. Altenb. § 49 diese Paragraphen entsprechende Anwendung finden; hier fordert also der Erwerb vom Nichtberechtigten buchmäſsigen Schein und guten Glauben des Enteigners. — Anders verhält es sich nur, wenn die Nichtzuziehung des wahren Berechtigten auf einem Formverstoſs beruht, der das Verfahren nichtig macht; Pražák S. 48, Randa S. 196, O. Mayer S. 20. — Ein Argument für die herrschende Lehre, die in der Enteignung eine originäre Erwerbsart sieht (vgl. Thiel S. [illegible] ff., Grünhut S. 183, Pražák a. a. O., Rohland S. 32 ff., Stobbe a. a. O., Randa S. 195, Schelcher S. 71, O. Mayer S. 34, Layer S. 605, Fuchs S. 99), läſst sich hieraus nicht herleiten. Denn wenn der Staat nicht alles

erklärung. Wo ein besonderer Enteignungsbeschlufs oder ein Enteignungsurteil ergeht, tritt die dingliche Rechtsänderung in dem Augenblick ein, in dem der Beschlufs oder das Urteil Rechtskraft erlangt[167]. Findet ein formeller Enteignungsausspruch nicht statt, so liegt die den Rechtsübergang bewirkende staatliche Willenserklärung schon in der endgültigen Feststellung des Gegenstandes der Enteignung[168]; der Eintritt der dinglichen Rechtsänderung erfolgt daher an sich in diesem Zeitpunkte[169], wird aber vielfach dadurch hinausgeschoben, dafs er durch die Feststellung und Leistung der Entschädigung bedingt wird[170]. Einer Übergabe oder einer sie ersetzenden Besitzeinweisung, wie sie früher für das Gebiet des gemeinen Rechts vielfach zum Eigentumsübergange gefordert wurde[171], bedarf es nicht[172]. Ebensowenig ist der Eintritt der dinglichen Rechtsänderung von der Eintragung in das Grundbuch abhängig. Wo freilich der Bucheintrag das einzige

Recht zerstört und neues Recht begründet, sondern bestehendes Recht überleitet, so trifft notwendig die Entziehung des Rechts so gut den wahren Berechtigten, wie ihn nach der gegnerischen Meinung die Aufhebung des Rechts trifft.

[167] Nach Preufs. G. § 44 mit der Zustellung des Enteignungsbeschlusses an den Eigentümer und den Unternehmer, bei Zustellung an verschiedenen Tagen mit der zuletzt erfolgten Zustellung. Ebenso nach den oben Anm. 150 angef. Hess., Goth., Kob., Anh., Schaumb., Sondersh. Gesetzen. Nach Sächs. G. § 71, Württ. G. Art. 39, Bad. § 50, Oldenb. Art. 34, Meckl. A.V. § 98, Brem. G. § 42 u. 44 mit der Zustellung an den Enteigneten. Nach Lüb. G. § 36 mit der Zustellung an einen von beiden. Nach den A.G. z. B.G.B. f. Altenb. § 49 u. Reufs ä. L. § 71 mit dem Augenblick, in dem die Entscheidung der zuständigen Behörde endgültig ergangen ist. In Bayern ist Eigentumsübergang mit der Besitzeinweisung anzunehmen; G. Meyer, Eigentumserwerb S. 9.

[168] Grünhut S. 188, Rohland S. 38, Stobbe, 2. Aufl. II 180, Strohal, Eigentumserwerb S. 131, Randa Anm. 105; Seuff. XXXIII Nr. 36.

[169] Hieran hält das Französ. G. v. 1841 fest; Grünhut S. 190, 192, Pražák S. 50, Layer S. 325.

[170] So nach Braunschw. G. v. 13. Sept. 1867 § 15 u. früherem Bad. G. v. 1835 § 80; G. Meyer a. a. O. S. 8. Ebenso nach Österr. R.; Pražák S. 49, Randa S. 185 ff., Layer S. 326 Anm. 1; a. M. Strohal a. a. O. Ferner nach Schweiz. Bundesges. § 42 und vielen kantonalen Ges.; Huber S. 232 ff. — Layer S. 325 ff., 600 ff. sieht den Erwerb mit Zahlung der Entschädigung als die Regel an, konstruiert ihn aber nicht als Folge der staatlichen Erklärung, sondern als Aneignungshandlung des Unternehmers.

[171] So von den meisten Anhängern der Theorie des Zwangsverkaufes, aber auch von G. Meyer, Expropr. S. 239. Unter den Gesetzen stehen das frühere Hess. v. 1821 Art. 14 u. 15, ein früheres Hannov. v. 8. Sept. 1840 und das Lippesche v. 3. Febr. 1869 § 6 auf diesem Standpunkt; G. Meyer, Eigentumserwerb S. 6 ff.

[172] Häberlin S. 206; Seuff. XXXIII Nr. 36.

Digitized by Google

Mittel der dinglichen Rechtsänderung bildete, war auch der Erwerb durch Enteignung nicht ausgenommen[173]. Ist dagegen die Eintragung nur für rechtsgeschäftliche Änderungen des Sachenrechts unerläfslich, so wirkt die Enteignung unmittelbar[174]. Doch wird durch sie das Grundbuch unrichtig und demgemäfs der Berichtigung bedürftig[175].

Die sachenrechtliche Wirkung der staatlichen Enteignungserklärung erstreckt sich auf alle von ihr betroffenen Rechtsverhältnisse: entzogenes Eigentum geht über, auferlegte dingliche Belastungen entstehen[176], zur Aufhebung bestimmte Rechte erlöschen. Insbesondere wird daher im Falle der Eigentumsentziehung das Grundstück in dem Augenblick, in dem es in das Eigentum des Enteigners fällt, frei von allen mitenteigneten Rechten Dritter[177].

Insoweit eine Vereinbarung der Beteiligten als Ersatz der Enteignungserklärung anerkannt ist, kann ihr auch die gleiche dingliche Wirkungskraft beigelegt werden. Doch ist dies in vollem Umfange nur in Sachsen mit Zuhülfenahme einer behördlichen Bestätigung geschehen, während nach den übrigen deutschen Gesetzen jedenfalls die Übertragung des Eigentums und die Übertragung oder Begründung eines dinglichen Rechts an die rechtsgeschäftlichen Formen gebunden bleibt[178]. Die Befreiung des

---

173 So nach früherem Sächs. R., vgl. Schelcher S. 84 ff. Ferner nach Lüb. G. v. 1870 § 35, Hamb. v. 1886 § 33; vgl. G. Meyer, Eigentumserwerb S. 11. Solche Bestimmungen blieben an sich durch das B.G.B. unberührt, sind aber landesgesetzlich beseitigt; A.G. z. B.G.B. f. Sachs. § 18, Altenb. § 49, Reufs ä. L. § 71; Lüb. G. § 35.

174 So unter der Herrschaft des B.G.B. überall, wo nicht das Landesrecht Abweichendes bestimmt. Ebenso nach österr. R.; Pražák S. 49, Layer S. 600 Anm. 1.

175 Die Berichtigung wird meist von Amts wegen bewirkt, der Enteignungsbeschlufs dabei einem rechtskräftigen Erkenntnis gleichgestellt. So nach dem Preufs. G. § 33 und den verwandten Ges.; ähnlich Brem. § 44, Lüb. § 36, Sächs. A.G. z. B.G.B. § 18 Abs. 2 (mit Ent.G. § 65), Reufs ä. L. § 71 Abs. 3, A.G. z. Grdb.O. f. Mein. Art. 18, Schaumb. § 15. Manche Gesetze dagegen fordern einen Antrag; doch ersetzt der Enteignungsbeschlufs die Eintragungsbewilligung; vgl. Hess. G. Art. 50 (nach A.G. Art. 249), Meckl. A.V. § 100—101.

176 Eine Ausnahme macht das Württ. G. Art. 39 Abs. 1 S. 2, das die durch die Enteignungsverfügung auferlegten Beschränkungen erst mit der Eintragung in das Grundbuch wirksam werden läfst.

177 Preufs. G. § 45 Abs. 1, Sächs. § 72, Württ. Art. 39 Abs. 2, Bad. § 51, Meckl. A.V. § 98, Brem. G. § 42, Lüb. § 35, Sondersh. § 44. Grünhut S. 181 ff., Rohland S. 38 ff., Pražák S. 53, Eger II 469 ff.

178 Vgl. oben Anm. 140. — Unmittelbar rechtsverändernd wirkt die Vereinbarung nach Französ. G. v. 1841 Art. 25; Grünhut S. 191 ff.

Digitized by Google

Grundstücks von den der Enteignung mitunterworfenen Rechten Dritter aber tritt auch nach andern Gesetzen im Falle der freiwilligen Übereignung dann von Rechts wegen ein, wenn die Entschädigung entweder im Enteignungsverfahren behördlich festgestellt oder durch eine unter Mitwirkung der Enteignungsbehörde erfolgte und gehörig beurkundete Vereinbarung bestimmt ist[179].

3. Besitz. Soweit nicht eine vorherige Überlassung des Besitzes vereinbart ist[180], erlangt der Enteigner den Anspruch auf den Besitz erst mit dem Erwerbe des Eigentums oder des sonstigen ihm zugeteilten Rechts[181]. Der Besitz mufs an sich besonders erworben werden[182]. Nach manchen neueren Gesetzen aber wirkt die staatliche Übereignungserklärung zugleich als Besitzeinweisung, so dafs der Besitz, wenn er nicht dem Enteigneten besonders vorbehalten wird, mit dem Eigentum übergeht[183]. Dagegen findet in Sachsen eine von der Enteignungserklärung verschiedene be-

---

[179] So nach Preufs. G. § 46 (vorbehaltlich des Rechts der durch die vereinbarte Entschädigung nicht gedeckten Nebenberechtigten auf Festsetzung im Rechtswege); Meckl. A.V. § 99 Abs. 2; Lüb. G. § 38. — Anders nach Bad. G. § 34, nach dem lastenfreier Eigentumserwerb immer nur durch Enteignungsbeschlufs eintrttt.

[180] Vgl. Preufs. G. § 16, Bad. § 53 Abs. 2; Eger II 47 ff., Fuchs S. 106 u. 108.

[181] So der Regel nach auch im Dringlichkeitsverfahren, das eben zu verfrühter Enteignung führt; Preufs. G. § 34—35, Württ. Art. 38. Dagegen erfolgt nach dem Bad. G. § 52 im Dringlichkeitsverfahren die Einräumung des Besitzes oder der Rechtsausübung vor der Enteignung. Nach dem Sondersh. G. § 32—33 findet überhaupt die Besitzeinweisung gegen Sicherheitsleistung schon auf Grund des den Gegenstand feststellenden Beschlusses, ja in dringenden Fällen schon vorher statt, womit das Prinzip der „vorgängigen" Entschädigung (§ 2) stark erschüttert wird. Auch das Hamb. G. § 32 läfst eine verfrühte Besitzeinweisung auf Antrag zu. — Umgekehrt wird nach Französ. R., obschon das Eigentum vorher übergeht, das Recht auf den Besitz erst durch die Entschädigungsleistung erlangt. O. Mayer II 45 ff.

[182] So überall, wo das Eigentum mit der Entschädigungsleistung übergeht. Meist findet auf Antrag obrigkeitliche Besitzeinweisung statt; Stobbe Anm. 67, Randa S. 197.

[183] Preufs. G. § 32 Abs. 2; vgl. Bähr u. Langerhans S. 99, Eger II 350 ff.; Bayr. A.G. z. C.Pr.O. Art. 51; Meckl. A.V. § 98; Brem. G. § 41. Der Enteigner kann sich also, wenn der Enteignete nicht weicht, des Grundstücks bemächtigen. — Nach Württ. G. Art. 39 u. Bad. § 54 wirkt die Enteignungsverfügung nicht als Besitzeinweisung, gibt aber den Anspruch auf Einweisung im Wege der Verwaltungsexekution. Nach Lüb. G. § 35 legt sie ausdrücklich die Verpflichtung auf, den Besitz zu räumen.

Digitized by Google

hördliche Überweisung statt, bis zu der der Enteignete im Besitz bleibt[184].

4. Entschädigungsforderung. Die Entschädigungsforderung des Enteigneten entsteht mit der Feststellung des Gegenstandes der Enteignung. Sie bedarf freilich noch der Bestimmung ihres Inhaltes durch Ermittlung des zu ersetzenden Wertes. Allein diese Bestimmung ist nur Feststellung des objektiv bereits gegebenen Inhalts. Hieran ändert es auch nichts, wenn dem Enteigner noch der Rücktritt frei steht. Denn der Umstand, daſs seine Schuld auflösend bedingt ist, hat keinen Einfluſs auf ihre Höhe. Darum muſs grundsätzlich die Entschädigung nach dem Wert im Augenblick der Feststellung des Gegenstandes bemessen werden, während spätere Minderungen oder Erhöhungen des Werts auſser Betracht bleiben[185]. Manche Gesetze aber lassen vielmehr den Zeitpunkt der administrativen Feststellung der Entschädigung entscheiden[186].

Die Entschädigungsforderung wird aber erst fällig, wenn ihr Betrag durch Feststellung oder Vereinbarung bestimmt ist. Von diesem Augenblicke an kann der Enteignete die Zahlung oder Hinterlegung fordern. Da der Enteigner zur Vorleistung verpflichtet ist, hat er kein Recht auf Abzug von Zwischenzinsen für die Zeit bis zur Vollziehung der Enteignung und kann auch im Falle der Hinterlegung nicht die inzwischen aufgelaufenen Zinsen der Entschädigungssumme herausfordern[187]. So lange er aber

---

[184] Vergl. oben S. 496. Durch die Überweisung erlangt der Unternehmer das Recht einseitiger Besitzergreifung, soll aber die Räumung nicht durch Eigenmacht erzwingen, sondern durch die Enteignungsbehörde erzwingen lassen; § 74. Bis zur Überweisung hat der Enteignete die Nutzungen zu ziehen und die Lasten zu tragen und haftet für diligentia quam in suis; § 75 Abs. 1.

[185] Grünhut S. 106; Roth Anm. 66; Thiel S. 25; Rohland S. 60 ff.; Stobbe Anm. 36; Schelcher S. 273; Seydel S. 636; Seuff. XXXVI Nr. 202; für das Preuſs. R. R.Ger. VII Nr. 73; Sächs. G. § 23; Schweiz. Praxis b. Layer S. 535 Anm. 5. — Nach Bad. G. § 8 entscheidet schon der Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung des Enteignungsplans durch das Bezirksamt (§ 19 Abs. 3), jedoch bei Vereinbarung über die Abtretung der Zeitpunkt der Vereinbarung (§ 34 Abs. 2).

[186] Württ. G. Art. 10; Sondersh. G. § 10 Abs. 2; Ungar. § 25. Theoretisch dafür O. Mayer II 44 Anm. 21. Für das Preuſs. R. auch Dalcke S. 72 Anm. 32, Eger I 163 ff., R.Ger. XXVII Nr. 65. — Schwankend Layer S. 534 ff.

[187] R.Ger. XXIV Nr. 65; Fuchs zu Bad. G. § 47 II. A.M. Eger I 168, II 391 ff.

Digitized by Google

weder gezahlt noch hinterlegt hat, ist er zur Verzinsung nicht schon seit der Fälligkeit, sondern erst seit dem Eintritt der dinglichen Rechtsänderung verpflichtet[188]. Dafür verbleiben dem Enteigneten inzwischen die Nutzungen des Gegenstandes[189].

Der Enteigner ist zur Zahlung an den berechtigt und verpflichtet, für den die Entschädigung festgestellt ist[190]. Durch Zahlung an ihn wird er auch befreit, wenn der Entschädigungsanspruch in Wahrheit einem Anderen zusteht. Dagegen wird er gegenüber solchen Nebenberechtigten, denen die Entschädigungsforderung für ihren Anteil an der Eigentümerentschädigung haftet, durch Zahlung an den Eigentümer nicht befreit, solange und soweit die Forderung zu ihren Gunsten gesetzlich gebunden ist. Nach einer sudsidiär auch für Fälle der landesrechtlichen Enteignung geltenden reichsgesetzlichen Vorschrift darf er erst zahlen, wenn binnen einem Monate nach erfolgter Anzeige an die Realberechtigten kein Widerspruch erhoben wird[191]. Die Landesgesetze

---

[188] Preuß. G. § 36 Abs. 3; dazu Abs. 2, wonach, wenn die im Dringlichkeitsverfahren geleistete Entschädigung nachträglich durch Richterspruch herabgemindert wird, der Enteigner den Mehrbetrag im Falle der Hinterlegung mit den Zinsen, im Falle der Zahlung dagegen ohne Zinsen zurückerhält; vgl. R.Ger. LV Nr. 38. Nach dem Württ. G. Art. 39 Abs. 4 ist im Falle nachträglicher Herabminderung der Zuvielempfang stets zinsenfrei zurückzuerstatten, während im Falle der Erhöhung der Mehrertrag von dem Zeitpunkt der Zustellung der Enteignungsverfügung an zu verzinsen ist. Ebenso Bad. G. § [illegible] Abs. 1. Vgl. auch Brem. G. § 45. — Nach dem Lüb. G. § 32 Abs. 4 beginnt die Verzinsungspflicht mit der Besitzübertragung. Nach dem Sächs. G. § 28 in der Regel mit der Überweisung (oben Anm. 153 u. 184). Nach dem Sondersh. G. § 20 spätestens mit dem die Feststellung des Gegenstandes enthaltenden „Enteignungsbeschluß“, mit dem der Anspruch auf den Besitz entsteht, aber auch bereits Nutzungen, Lasten und Gefahr übergehen.

[189] Ist auf Grund einer Vereinbarung der Besitz dem Enteigner früher überlassen, so ist im Zweifel als vereinbart anzunehmen, daß der Enteigner die Entschädigung von diesem Zeitpunkt an verzinsen soll; Bad G. § 53 Abs. 2.

[190] Preuß. G. § 36 Abs. 1; Bad. § 47; Sächs. § 53; Lüb. § 32; Eger II 387 ff.; Fuchs S. 89 ff.; R.Ger. XLIII 301.

[191] E.G. z. B.G.B. Art. 53 u. 109. Allgemein mit gewissen Maßgaben anwendbar nach Württ. G. Art. 37, Meckl. A.V. § 94, Altenb. A.G. z. B.G.B. § 51, Reuß. ä. L. § 74. Dagegen Vorbehalt des bisherigen Landesrechts in Braunschw. A.G. § 45. Besondere Bestimmungen im Sächs. G. § 52 (behördliche Bekanntmachung mit Aufforderung zur Anmeldung binnen 3 Wochen). — Ausnahmen bei Teilenteignung auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses; Meckl. A.V. § 94, Reuß j. L. § 58, Rudolst Art. 114. Vgl. Sächs. G § 51 (mit noch weiteren Ausnahmen); Sondersh. § 53.

Digitized by Google

schreiben überhaupt für den Fall einer Beteiligung Dritter am Entschädigungsanspruch regelmäfsig statt der Zahlung die Hinterlegung der Entschädigungssumme vor[192]. Soweit dies der Fall ist, wird der Enteigner durch Hinterlegung und nur durch Hinterlegung befreit[193].

Mit der dinglichen Rechtsänderung tritt die Entschädigung an Stelle des enteigneten Gegenstandes[194]. Das Eigentum an der gezahlten oder hinterlegten Entschädigungssumme oder die Forderung auf die etwa noch rückständige Entschädigung steht daher, soweit die Entschädigung für Entziehung oder Beschränkung des Eigentums gewährt ist, dem Eigentümer des Grundstücks zur Zeit der Enteignung, soweit sie dagegen gesondert für Entziehung oder Beschränkung eines begrenzten Rechts festgesetzt ist, dem zur Zeit der Enteignung Berechtigten zu. Ist die Feststellung der Entschädigung für einen Nichtberechtigten erfolgt, so ist dieser zwar dem Enteigner gegenüber ausschliefslich zur Empfangnahme legitimiert, der wahre Berechtigte aber kann gegen ihn denselben Herausgabeanspruch, den er hinsichtlich der Sache oder des Rechts hatte, hinsichtlich der Entschädigung geltend machen. Die Entschädigung tritt aber auch für alle Realberechtigten, deren Recht durch die Enteignung entzogen oder beschränkt ist, an Stelle des Gegenstandes, so dafs ihnen das Recht, das sie bisher am Grundstücke hatten, nunmehr an der Entschädigungssumme oder der etwa noch unerfüllten Entschädigungsforderung innerhalb der Grenzen des ihnen gebührenden Anteils zusteht. Nach reichsgesetzlicher Vorschrift, die subsidiär auch in den Fällen einer Enteignung nach Landesrecht anzuwenden ist, hat jeder Dritte, soweit sein Recht beeinträchtigt ist, an der Entschädigung dieselben Rechte, die ihm im Falle des Erlöschens seines Rechts durch Zwangsversteigerung an dem Erlöse zustehen[195]. Demgemäfs ist

---

[192] Preufs. G. § 37, 48 (Ausnahmen bei unschädlicher Teilenteignung, § 38); Brem. § 40; Bad. § 48 (sobald Grundpfandrechte auf dem Grundstück haften und bei Stammgütern); Lüb. § 32. Nach dem Sächs. G. § 53 ff. erfolgt die Hinterlegung oder Zahlung auf Anweisung der Enteignungsbehörde.

[193] Eger II 402 ff.

[194] Preufs. G. § 45 Abs. 2, § 46; Hess. Art. 20 nach A.G. z. B.G.B. Art. 279 (hinsichtlich des Eigentums, der Belastungen und der Nutzungsrechte); Bad. § 51; Lüb. § 37; Meckl. A.V. § 90.

[195] E.G. z. B.G.B. Art. 52 u. 109 mit Zw.V.G. § 92. Dazu A.G. z. B.G.B. f. Württ. Art. 209 Z. II u. V (Enteig.G. Art. 14), Meckl. § 93, Kob.-Goth. Art. 27 § 1, Altenb. § 51, Reufs. ä. L. § 74, Rudolst. Art. 78; A.G. z. Zw.V.G. f. Preufs. Art. 35, Anhalt Art. 25; Bayr. A.G. z. C.Pr.O. Art. 53 (Fassung v.

Digitized by Google

der Eigentümer in der Verfügung über die Entschädigungsforderung und die Entschädigungssumme nach Maſsgabe ihrer Belastung mit Anrechten der mitenteigneten Berechtigten beschränkt[196]. In gleicher Weise tritt, wenn die Entschädigung in Land zu gewähren ist, das zugesprochene Ersatzgrundstück ohne weiteres sowohl hinsichtlich des Eigentumes wie hinsichtlich der begrenzten dinglichen Rechte an die Stelle des enteigneten Gegenstandes[197].

Nachträgliche Entschädigungsansprüche gegen den Enteigner können noch erwachsen, wenn nachteilige Folgen hervortreten, die zur Zeit der Feststellung der Entschädigung nicht erkennbar waren[198].

XI. Rückerwerbsrecht. Viele Gesetze geben dem Enteigneten ein Rückerwerbsrecht für den Fall, daſs der Enteignungsgrund wegfällt[199]. Nach manchen Gesetzen kann der Enteignete

1899); Brem. Ent.G. § 43, Sondersh. § 18. Besondere Bestimmungen im Sächs. G. § 51 (Befreiung der Entschädigung für bloſs persönliche Nachteile und gewisser anderer Beträge). Über das auf Antrag eingeleitete Verteilungsverfahren vgl. A.G. z. Zw.V.G. f. Preuſs. Art. 36—41, Anh. Art. 25—31, Altenb. § 20, Mein. Art. 28—29; z. B.G.B. f. Oldenb. Art. 45, Kob.-Goth. Art. 27 § 2; Brem. G. a. a. O. Nach dem Sächs. G. § 56 tritt das Verteilungsverfahren beim Amtsgericht von Amts wegen ein. — Ausdehnung auf agrargesetzliche Entschädigungs- und Ablösungssummen z. B. im Bayr. A.G z. B.G.B. Art. 153 III 166 XII, 171 III, Württ. Art. 211, Hess. Ablösungsges. v. 24. Juni 99 Art. 5 Abs. 3, Brem. G. v. 19. Juli 99 Art. 1 § 34, Art. 2 § 13. Auf bergrechtliche Entschädigungen im Bayr. A.G. Art. 157, Württ. Art. 207 I u. IX, Altenb. § 51, Reuſs ä. L. § 74. Auf Entschädigungen nach der Bauordnung in Württ. A.G. Art. 210.

196 Preuſs. G. § 47—48 (ausgenommen im Falle des § 38); Recht des Eigentümers auf Vermittlung der Auseinandersetzungsbehörden nach § 49 (unberührt von A.G. z. Zw.V.G. Art. 35).

197 Entsch. des Preuſs. O.Trib. XXIV 403; Eger a. a. O. S. 474; Meckl. A.V. z. B.G.B. § 89; Brem. G. v. 19. Juli 1899 Art. 2 § 12 u. 77.

198 Preuſs. G. § 31 (bis zum Ablauf von 3 Jahren nach Ausführung des den Nachteil verursachenden Teils der Anlage); R.Ger. XLIII Nr. 58, LV Nr. 88; Lüb. G. § 31. — Das Sächs. G. § 59—64 sieht ein Schluſsverfahren mit einem „Berainungstermin" für endgültige Feststellung des Umfanges der Enteignung und einen „Schluſstermin" für endgültige Regulierung der Entschädigung vor. Auch hier aber bleibt nach § 30 binnen 3 Jahren nach dem Schluſstermin oder etwaiger späterer Inbetriebnahme der Anlage ein nachträglicher Entschädigungsanspruch offen.

199 Häberlin S. 207 ff.; Thiel S. 61 ff.; G. Meyer S. 263 ff.; Grünhut S. 162 ff.; Rohland S. 43 ff.; Pražák S. 172 ff.; Schelcher S. 174 ff.; Randa S. 186; Roth § 246 S. 250; Stobbe § 121 Z. 8; O. Mayer II 57 ff.; Layer S. 432 ff. — Mangels gesetzlicher Bestimmung ist irgend ein Rückerwerbsrecht nicht begründet; a. M. L. v. Stein VII 336, Häberlin a. a. O.,

Digitized by Google

vom Enteigner die Zurückübertragung des enteigneten Gegenstandes gegen Wiedererstattung der Entschädigung verlangen, wenn das Unternehmen nicht zustande kommt oder aufgegeben wird oder das Grundstück für dasselbe keine Verwendung findet[200]. Damit ist dem Enteigneten ein gesetzliches Wiederkaufsrecht von an sich privatrechtlicher Natur gewährt[201], das meist nur als persönliches Recht anerkannt ist[202], aber auch als dingliches Recht ausgestaltet sein kann[203]. In Preufsen ist jedes derartige Wiederkaufsrecht aufgehoben[204]. Neben dem Wiederkaufsrecht oder an dessen Stelle räumen manche Gesetze dem Enteigneten ein persönliches

---

Thiel a. a. O., G. Meyer S. 264, Huber S. 234 Anm. 3, zum Teil auch Layer S. 435. In Österreich besteht keines; Pražák S. 176, Randa S. 186.

200 Französ. G. Art. 60—62; Bayr. G. Art. 12 § 4 (aber nur, wenn das Unternehmen nicht zustande kommt); Sächs. G. § 83—87 (wegen Nichtausführung des Unternehmens binnen 3 Monaten nach Aufforderung oder 10 Jahren nach der Enteignung, wegen Nichtverwendung des Gegenstandes oder Einstellung des Betriebes binnen 5 Jahren nach Inbetriebnahme der Anlage); Bad. § 59 (in Anlehnung an das G. v. 1835 § 84, aber nur binnen 3 Jahren seit Zustellung des Enteignungsbeschlusses und nicht, wenn den Wert erhöhende wesentliche Veränderungen vorgenommen sind); Oldenb. Art. 6; Mein. Art. 7; Goth. Art. 7; Kob. Art. 8; Ungar. § 64 u. 66; in weitem Umfange Schweiz. Bundesges. § 47 u. Kantonalges. b. Huber S. 234. Früher auch Preufs. Eisenbahnges. v. 1838 § 16—18 u. Bergges. § 141. Meist steht das Recht nur dem früheren Eigentümer und seinem Gesamtnachfolger, nicht dem Sondernachfolger zu; vgl. Sächs. G. § 83 u. 85 (dem Enteigneten oder seinen Erben, aber bei Teilenteignung nur so lange, als sie noch Eigentümer des Stammgrundstücks sind); Bad. G. § 59; für das Bayr. R. Oertmann S. 158.

201 Es wird durch Erklärung gegenüber dem Gegner ausgeübt und im Wege der Klage geltend gemacht; Bad. G. § 59 Abs. 2, Oertmann S. 159. — Dagegen meinen Schelcher, Rechtsw. S. 173 ff., Rohland S. 45, O. Mayer S. 59, Seydel S. 362, Layer S. 440 u. A., es sei ein dem Enteignungsrecht verwandtes öffentliches Recht und gewähre nur einen Anspruch auf Rückübereignung durch die Verwaltungsbehörde. In diesem Sinne ist es im Sächs. G. § 83 ff. geregelt; hier entscheidet die Enteignungsbehörde in den Formen des Enteignungsverfahrens; nur gegen die Entschädigungsfeststellung steht der Rechtsweg offen.

202 Doch kann es durch Vormerkung dinglich gesichert werden; Altenb. A.G. z. B.G.B. § 21, Oertmann S. 159.

203 So nach Sächs. G. § 84 Abs. 4 (ohne Eintragung). Ausdrücklich wahrt auch das Schwarzb.-Rudolst. A.G. z. B.G.B. Art. 62 dem im Bergges. v. 20. März 1894 § 153 bei der Grundabtretung für Bergbaubetrieb gewährten Wiederkaufsrecht auch ohne Eintragung dingliche Kraft. Ähnlich Schaumb.-Lipp. A.G. z. Grdb.O. § 21.

204 Preufs. G. § 57 Abs. 1; dazu O.Trib. LXXIX 45 (auch bei der bergrechtlichen Enteignung); R.Ger. XXXIV Nr. 71 (auch für ältere Enteignungsfälle).

Digitized by Google

oder dingliches Vorkaufsrecht für den Fall des Verkaufes des Grundstücks durch den Enteigner ein[205]. In Preufsen besteht nur noch ein dingliches Vorkaufsrecht auf Grund einer Teilenteignung; es steht dem jeweiligen Eigentümer des Stammgrundstücks zu und kann, wenn dieses zerstückelt ist, nur von allen Teileigentümern gemeinsam ausgeübt werden[206].

§ 129. Schutz des Grundeigentums.

I. Überhaupt. Das deutsche Recht gewährte schon im Mittelalter dem Eigentum an Liegenschaften einen von der Art der Verletzung unabhängigen Gerichtsschutz gegen Jedermann[1]. Mit der Klage um liegendes Gut konnte der Eigentümer jedem Dritten sowohl eine ungerechtfertigte Gewere abgewinnen, wie einen unbefugten Eingriff in seine Gewere untersagen[2]. Der

[205] Neben dem Wiederkaufsrecht früher Bad. G. v. 1835 § 84, Preufs. Eisenbahnges. § 19, Bergges. § 141, jetzt noch Sächs. G. § 88 (binnen 15 Jahren nach der Enteignung), Schaumb.-Lipp. G. v. 12. Dez. 1872 mit A.G. z. Grdb.O. § 21. Anstatt des Wiederkaufsrechts Preufs. Enteign.G. § 49 mit A.G. z. B.G.B. Art. 22, Anhalt. G. § 49 mit A.G. z. B.G.B. Art. 45, Lüb. Enteign.G. § 31. Das Vorkaufsrecht ist nach diesen Gesetzen auch ohne Eintragung dinglich. Dagegen gewährt das Sondersh. Ges. § 56 dem enteigneten Grundeigentümer oder seinem Erben nur einen Anspruch auf Bewilligung der Eintragung eines Vorkaufsrechts für den Fall, dafs das Grundstück ganz oder teilweise für den Zweck des Unternehmens entbehrlich wird; nur aus der bergrechtlichen Enteignung entsteht auch hier ein nach A.G. z. B.G.B. Art. 14 der Eintragung nicht bedürftiges gesetzliches dingliches Vorkaufsrecht.

[206] Eger II 570 ff.; R.Ger. XXXV Nr. 76. Gleiches gilt für das Vorkaufsrecht des Sächs. G. § 88.

[1] Ursprünglich war freilich die Klage um Liegenschaften wie um Fahrnis eine Deliktsklage, die sich auf rechtswidrige Besitznahme (Landraub, malo ordine invadere) oder rechtswidrige Vorenthaltung (malo ordine tenere) gründete und auf Wiederherstellung und Bufse ging. Allein schon in fränkischer Zeit wurde die alte Form mit erweitertem Inhalte erfüllt, indem nur objektives Unrecht behauptet und Bufse nicht verlangt zu werden brauchte. Im deutschen Mittelalter ist die Klage um liegendes Gut von jeder deliktischen Einkleidung entbunden. — Vgl. v. Bethmann-Hollweg, German.-roman. Civilproz. I 58 ff., 387 ff., 488 ff., II 131 ff.; Heusler, Gewere S. 28 ff., 72 ff., Inst. I 387 ff.; Schröder, R.G. S. 382, 768 ff.; Brunner, R.G. II 511 ff.; R. Hübner, Der Immobiliarprozefs der fränkischen Zeit, bes. S. 34 ff., 203 ff., 210 ff.; Laband, Vermögensr. Kl. S. 155 ff.; Planck, Gerichtsv. I 509 ff.

[2] Vindikatorische und negatorische Funktion werden nicht geschieden; Kläger kann sein, wer besitzt oder nicht besitzt; das Urteil kann zur Feststellung nicht nur des vom Kläger, sondern auch des vom Beklagten behaupteten Rechts führen.

Digitized by Google

Eigentumsschutz war aber hier wie überall eng mit dem Schutz der Gewere verwoben und durch die der Gewere innewohnende formelle Kraft prozefsrechtlich gebunden[3].

Die Aufnahme des römischen Rechtes brachte die Verselbständigung der Eigentumsklagen in Gestalt der Vindikation und der Negatoria. Sie stiefs hinsichtlich der Liegenschaften auch in den Partikularrechten auf keine Schwierigkeit. Nur wurde, während im gemeinen Rechte sich zur Ergänzung der Vindikation lediglich die Publizianische Klage behauptete, in manchen Ländern eine auch bei Liegenschaften zulässige Besitzrechtsklage ausgebildet[4].

Das B.G.B. gewährt zum dinglichen Schutze des Eigentums an Grundstücken nur reine Eigentumsklagen. Die Publizianische Klage hat es abgeschafft, eine Besitzrechtsklage hat es nur für Fahrnis eingeführt. Den Besitzschutz löst es völlig vom Eigentumsschutze ab[5]. Alle persönlichen Ansprüche aus dem Eigentum sondert es streng von den mit den Eigentumsklagen verfolgbaren dinglichen Ansprüchen[6]. Als dingliche Ansprüche aus dem Eigentum gestaltet es den vindikatorischen und den negatorischen Anspruch für Liegenschaften und für Fahrnis gleichmäfsig aus. Davon unabhängig bleiben zum Schutze des Eigentums reine Feststellungsklagen möglich[7].

Die Vindikation ist das Mittel zur Durchsetzung des Rechtes des Eigentümers auf den Besitz der Sache. Der Eigentümer hat einen Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen jeden Besitzer, der ihm den Besitz entzieht oder vorenthält, ohne ihm gegenüber zum Besitz berechtigt zu sein[8]. Er kann diesen Anspruch selb-

---

[3] Vgl. oben § 113 IV u. V.

[4] Oben § 116 Anm. 52—54.

[5] Oben § 116 Anm. 44. Der Besitzschutz kommt vor allem auch dem Eigentümer, insoweit er besitzt, zugute, kehrt sich aber gegen ihn, insoweit ein Anderer besitzt. Die starke Erweiterung des Besitzesbegriffes durch das B.G.B. bedeutet daher eine Schwächung des Eigentumsschutzes.

[6] Als persönliche Ansprüche aus dem Eigentum erscheinen neben Vorlegungsansprüchen (§ 823) und Bereicherungsansprüchen (§ 812 ff.) namentlich die Deliktsansprüche (§ 823 ff.). Die gemeinrechtliche Einkleidung einer Deliktsklage in die Form der Eigentumsklage bei der Vindikation gegen den fictus possessor (Dernburg, Pand. I 535) fällt weg; Planck u. Biermann zu § 985; a. M. Dernburg, B.R. III § 119 Z. 5.

[7] C.Pr.O. § 256. Motive III 396.

[8] B.G.B. § 985—986. Zur Klagebegründung gehört Behauptung und Beweis des Eigentums des Klägers und des Besitzes des Beklagten. Der Beklagte kann sich mit jedem dinglichen oder persönlichen Rechte, das ihn dem Kläger

Digitized by Google

ständig geltend machen, ist aber stets in der Lage, zugleich die rechtskräftige Feststellung seines Eigentums dem Gegner gegenüber zu erzielen[9]. Der Anspruch geht gegen jeden Besitzer[10]. Er geht gegen den unmittelbaren Besitzer, mag dieser auch seinen Besitz von einem mittelbaren Besitzer ableiten[11]. Er geht aber ebenso gegen den blofs mittelbaren Besitzer[12]. Dagegen ist er gegen den blofsen Inhaber ausgeschlossen[13]. Seinen Inhalt bildet die Herstellung der dem Rechte des Eigentümers entsprechenden Besitzlage[14]. Gleichzeitig aber hat der Eigentümer wegen gezogener oder ungehörig nicht gezogener Nutzungen und wegen

---

gegenüber zum Besitz befugt, verteidigen, hat aber dieses Recht zu beweisen. Auch das Besitzrecht eines mittelbaren Besitzers, von dem er seinen Besitz ableitet, kommt ihm zugute.

[9] Doch muſs er diese Feststellung besonders beantragen. Sonst erfolgt sie nicht. Die blofse Verurteilung zur Herausgabe steht der auf einen neuen Grund gestützten Eigentumsbehauptung des Verurteilten in einem anderen Prozeſs nicht entgegen. Vgl. Dernburg, B.R. III § 118.

[10] Daraus folgt zugleich, daſs der Eigentümer sich der Vindikation auch bedienen kann, wenn er ebenfalls Besitzer ist.

[11] Ein derartiger Besitzer, der oft an dem Ausgange des Eigentumsstreites gar kein Interesse hat, kann, wenn gegen ihn geklagt wird, dem mittelbaren Besitzer den Streit mit den in C.Pr.O. § 76 bestimmten Wirkungen verkünden. Der mittelbare Besitzer kann dann mit seiner Zustimmung den Prozeſs an seiner Stelle übernehmen. In diesem Falle wird der Beklagte auf Antrag von der Klage entbunden, die Entscheidung hinsichtlich der Sache selbst aber wird gleichwohl auch gegen ihn rechtskräftig und vollstreckbar.

[12] Vgl. den Nachweis bei Gierke, Fahrnisbesitz S. 53 ff., Gutachten für den XXIV. Deut. Juristentag in den Verh. Bd. III 39 ff., sowie bei Strohal, Jahrb. f. D. XXXVIII 45 ff.; ferner Fischer, Biermann, Kober und Planck zu § 985, Haidler II 204 ff., Buchka S. 196 ff., Dernburg, B.R. III § 119 Z. 2, Landsberg S. 672, Rechtsp. d. O.L.G. V 154. — A. M. besonders Wendt, Arch. f. c. Pr. LXXXVII 68 ff., Gutachten für den Deut. Juristentag a. a. O. S. 1 ff.; Bunsen, Einführung II 115; Tränkner u. Wulfert zu § 985.

[13] Gierke, Verh. a. a. O. S. 39. Abweichend vom bisherigen Recht.

[14] Also grundsätzlich die Verschaffung des unmittelbaren Alleinbesitzes, die „Herausgabe der Sache". Je nach Lage des Falles aber ein darin enthaltenes Minderes. Gegenüber einem Lehnbesitzer, dessen Besitzherr dem Eigentümer gegenüber zwar zum Besitz, nicht aber zu dessen Überlassung berechtigt ist, nur die Herausgabe an den mittelbaren Besitzer, es müſste denn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen können oder wollen; B.G.B. § 986 Abs. 1 S. 2. Gegenüber dem mittelbaren Besitzer nur die Übertragung des mittelbaren Besitzes oder, wenn und sobald er dazu imstande ist, die Herausgabe der Sache selbst; Gierke a. a. O. S. 42 ff. Gegenüber dem Teilbesitzer oder Mitbesitzer nur die Überlassung des Teilbesitzes oder Mitbesitzes.

Digitized by Google

Verschlechterung, Vernichtung oder Verbringung der Sache Nebenansprüche und Ersatzansprüche, die das B.G.B. im Anschlufs an das bisherige Recht eingehend regelt und abstuft[15]. Andererseits stehen dem Besitzer wegen der auf die Sache gemachten Verwendungen Gegenansprüche zu, über deren Umfang und Geltendmachung das B.G.B. gleichfalls ausführliche Bestimmungen trifft, die auf Fortbildung des gemeinen Rechts beruhen[16].

Die Negatorienklage (Eigentumsfreiheitsklage) ist das Mittel zur Durchsetzung des Rechtes des Eigentümers auf Ausschliefsung solcher fremden Eingriffe, die in anderer Weise als

---

[15] B.G.B. § 987—993. Für die Zeit bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit haftet der redliche Besitzer überhaupt nur auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung; und zwar der Regel nach nur wegen zu viel gezogener Früchte, jedoch im Falle unentgeltlicher Erlangung des Besitzes ohne ein ihm zustehendes Nutzungsrecht wegen aller gezogenen Nutzungen; vgl. unten § 137 Anm. 43—45. Für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit hat jeder Besitzer alle gezogenen Nutzungen herauszugeben und wegen schuldhaft nicht gezogener ordnungsmäfsiger Nutzungen Ersatz zu leisten und haftet überdies für Schadenersatz wegen verschuldeter Verschlechterung, Vernichtung oder Verbringung der Sache. In gleichem Umfange haftet der unredliche Besitzer für die Zeit seit dem Besitzerwerbe oder dem etwa späteren Eintritt des bösen Glaubens. Doch kann der Eigentümer gegen einen unredlichen Lehnbesitzer den gesteigerten Anspruch wegen der Nutzungen nur erheben, soweit auch der mittelbare Besitzer in bösem Glauben oder gegen ihn Rechtshängigkeit eingetreten ist. Andererseits mufs der redliche Lehnbesitzer den Schaden, für den er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist, auch dem Eigentümer gegenüber vertreten. Der deliktische Besitzer endlich, der sich den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder eine strafbare Handlung verschafft hat, haftet dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadenersatz wegen unerlaubter Handlungen.

[16] B.G.B. § 994—1003. Die Bestimmungen stehen vielfach dem älteren deutschen Recht (vgl. Stobbe, Beitr. z. Gesch. des D. R. S. 61 ff.) und dem mit ihm verwandten französ. Recht näher als dem römischen Recht. Dies gilt schon von der Bemessung des Ersatzanspruches nach dem Gesichtspunkte der Bereicherung. Deutschem wie römischem Recht entspricht das Wegnahmerecht (jus tollendi) an den mit der Sache verbundenen Bestandteilen in den Grenzen des § 997. Ganz auf deutschem Recht beruht es, dafs der Besitzer wegen des Ersatzes der Verwendungen nicht nur, wie nach römischem Recht, ein Zurückbehaltungsrecht, sondern auch eine klagbare Forderung und ein Recht der Befriedigung aus der Sache hat. Die Forderung aber hängt davon ab, dafs der Eigentümer die Verwendungen genehmigt oder die zurückerlangte Sache behält, und ist nach Herausgabe der Sache an eine Ausschlufsfrist gebunden, die bei einem Grundstücke 6 Monate, sonst 1 Monat beträgt; das Befriedigungsrecht tritt ein, wenn der Eigentümer nicht rechtzeitig die Verwendungen genehmigt.

Digitized by Google

durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes erfolgen[17]. Der Eigentümer hat einen Anspruch auf Befreiung gegen Jeden, der sein Eigentum durch eine Beeinträchtigung stört, zu deren Duldung er nicht verpflichtet ist[18]. Er kann diesen Anspruch allein oder in Verbindung mit dem Anspruch auf Feststellung der Freiheit seines Eigentums geltend machen[19]. Der negatorische Anspruch geht gegen den Störer, mag diesem ein Verschulden zur Last fallen oder nicht, mag er sich ein Recht an der Sache anmafsen oder nicht, mag er für sich oder für einen Anderen handeln[20]. Den Inhalt des Anspruchs bildet entweder die Beseitigung gegenwärtiger oder die Unterlassung künftiger Beeinträchtigung. Die Beseitigung der Beeinträchtigung kann verlangt werden, wenn infolge der Störung ein Zustand besteht, der dem Rechte des Eigentümers widerstreitet; der Störer hat dann auf seine Kosten den der Freiheit des Eigentums entsprechenden Zustand wiederherzustellen. Auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen kann geklagt werden, wenn solche zu besorgen sind; das Urteil kann dann dem Störer eine Strafe für Zuwiderhandlungen androhen und eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung auferlegen[21]. Nebenansprüche

[17] Im römischen Recht nur zur Abwehr einer angemafsten Servitut bestimmt, ist die actio negatoria schon im gemeinen Recht und ebenso in allen neueren Gesetzbüchern zu einem allgemeinen Schutzmittel gegen jede Beeinträchtigung des Eigentums, gleichviel ob der Gegner sich ein Recht zu seinem Verhalten zuschreibt, erweitert.

[18] B.G.B § 1004. Zur Klagebegründung gehört Behauptung und Beweis des Eigentums und der Beeinträchtigung durch den Störer. Dafs der Eigentümer zur Duldung verpflichtet sei, hat der Beklagte zu behaupten und zu beweisen. Er kann sich hierfür nicht nur auf ein eignes dingliches oder persönliches Recht, sondern auch auf die gesetzlichen und zwar öffentlichrechtlichen wie privatrechtlichen Beschränkungen des Eigentums berufen. — Besitz ist auf jeder Seite möglich, auf keiner erforderlich.

[19] Der Anspruch aus B.G.B. § 1004 geht nicht auf Anerkennung der Freiheit des Eigentums; diese kann nur mit einer negativen Feststellungsklage aus C.Pr.O. § 256 erzielt werden; Seuff. LIX Nr. 87.

[20] Störer ist auch der benachbarte Eigentümer, der eine Beeinträchtigung durch seinen Mieter oder Pächter pflichtwidrig nicht hindert; R.Ger. XLVII Nr. 37 u. Seuff. LIV Nr. 128. — Behauptet der Beklagte, die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechtes eines Dritten vorgenommen zu haben, so hat er das Recht der Streitverkündung mit den oben Anm. 11 bezeichneten Wirkungen; C.Pr.O. § 77.

[21] B.G.B. § 1004 Abs. 1; C.Pr.O. § 890. — Aus einer Beeinträchtigung, die weder fortdauert, noch Wiederholung in Aussicht stellt, kann hiernach überhaupt nicht negatorisch geklagt werden.

Digitized by Google

und Ersatzansprüche sind in dem negatorischen Anspruche nicht enthalten, müssen vielmehr besonders begründet werden[22].

II. Einwirkung des Grundbuchrechts. Die Verfolgung der Ansprüche aus dem Eigentum an Grundstücken wird durch das Grundbuchrecht teils erleichtert, teils erschwert.

Wer als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, hat die Vermutung für sich, dafs er Eigentümer sei[23]. Er braucht daher, wenn er eine Eigentumsklage anstellt, sein Eigentum nicht zu beweisen, kann vielmehr vom Gegner den Beweis, dafs er nicht Eigentümer sei, erwarten. Wird aber dieser Beweis vom Gegner erbracht, so ist der Klage ihr Grund entzogen. Trotz des Bucheintrages kann daher der beklagte Besitzer die Abweisung der Vindikation und der beklagte Störer die Abweisung der Negatorienklage durch den Nachweis, dafs der Kläger nicht Eigentümer ist, auch ohne Berufung auf irgend ein eigenes Recht erzielen[24].

Der nicht eingetragene Eigentümer mufs, wenn er einen Anspruch aus dem Eigentum erhebt, sein Eigentum beweisen. Zu diesem Behufe aber mufs er, falls ein Anderer als Eigentümer eingetragen ist, zuvörderst die für dessen Eigentum sprechende Vermutung widerlegen. Dies auch dann, wenn nicht der Gegner, sondern ein Dritter als Eigentümer eingetragen ist[25]. Ist der Gegner als Eigentümer eingetragen, so umfafst der Eigentumsanspruch zugleich den Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs. Diesen Anspruch kann der nicht eingetragene Eigentümer gegen den als Eigentümer eingetragenen Besitzer zu-

---

[22] Insbesondere kann, insofern sich die Störung als unerlaubte Handlung darstellt, Schadenersatz nach den Regeln über Deliktsobligationen, immer aber die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden.

[23] B.G.B. § 891; oben § 119 VIII S. 325 ff..

[24] Oben § 119 Anm. 100.

[25] Denn die Vermutung aus § 891 gilt für und wider Jedermann. Ungenau Lehmann b. Stobbe II 1 S. 442. — Möglicherweise kann aber der Kläger, nachdem er die Unrichtigkeit des Bucheintrages für die Gegenwart dargetan hat, die Vermutung für dessen ehemalige Richtigkeit bei dem Beweise seines Eigentums verwerten. Wenn z. B. der noch nicht eingetragene Erbe eines als Eigentümer eingetragenen Verstorbenen das Grundstück vindiziert, so widerlegt er die Vermutung aus dem Grundbuche für die Gegenwart schon durch den Nachweis des Todes des Bucheigentümers und braucht sodann zum Beweise seines Eigentums nur sein Erbesein zu erweisen, während er sich für das Eigentum seines Erblassers auf die Vermutung des § 891 berufen kann; dem beklagten Besitzer bleibt der Gegenbeweis offen, daſs der Erblasser nicht Eigentümer gewesen sei.

Digitized by Google

gleich mit dem Anspruche auf Herausgabe des Grundstücks geltend machen, aber auch, wenn er selbst besitzt oder den Besitz nicht fordern kann oder will, gegen den als Eigentümer eingetragenen Nichtbesitzer oder Besitzer selbständig durchsetzen.

Ist überhaupt Niemand als Eigentümer eingetragen, so hat der Eigentümer, um mit einem Eigentumsanspruch durchzudringen, zwar gleichfalls sein Eigentum zu beweisen, braucht aber nicht erst eine Vermutung für fremdes Eigentum zu überwinden. Der Besitz verschafft auch hier keinen Beweisvorteil[26].

Es versteht sich von selbst, dafs die Vermutung aus dem Bucheintrage auch die Beweislage hinsichtlich einer gegen die Eigentumsklage erhobenen Einrede dann verschiebt, wenn der Beklagte sich auf ein seinen Besitz oder seinen Eingriff rechtfertigendes Gegenrecht beruft, das entweder im Grundbuche eingetragen oder aber nach vorheriger Eintragung gelöscht ist[27].

Dritter Titel.

Das Fahrniseigentum.

§ 130. Gegenstand und Inhalt des Fahrniseigentums.

I. Gegenstand. Den Gegenstand des Fahrniseigentums bilden bewegliche Sachen mit Einschlufs der Urkunden. Doch müssen die besonderen Vorschriften des B.G.B. über Erwerb, Verlust und Schutz des Eigentums an beweglichen Sachen auch auf solche unbeweglichen Sachen, die keine Grundstücke sind, insoweit entsprechende Anwendung finden, als nicht die natürliche Beschaffenheit dieser Sachen entgegensteht[1]. Dagegen ist ihre Anwendung auf unkörperliche Sachen ausgeschlossen[2].

---

[26] Insoweit nach bisherigem Recht der Besitz von Grundstücken eine Vermutung für das Eigentum begründet (§ 116 Anm. 51), kann zwar bis zur Anlegung des Grundbuchs diese Vermutung noch angerufen werden. Nach Anlegung des Grundbuchs dagegen fällt jede Eigentumsvermutung aus dem Besitz auch bei solchen nicht gebuchten Grundstücken weg, die nicht buchungspflichtig sind.

[27] Im ersten Falle kann er vom Kläger den Beweis des Nichtbestehens des Rechts erwarten, im zweiten Falle mufs er, um den Bestand des Rechtes zu beweisen, erst die Unrichtigkeit der Löschung dartun.

[1] Vgl. oben § 101 S. 11 Anm. 27.

[2] Die Übertragung der für das Eigentum an Grundstücken geltenden

Digitized by Google

II. Inhalt. Das Fahrniseigentum des deutschen Rechts war gegenüber dem Grundeigentum mit äufseren Schwächen behaftet, indem es abhängiger von der tatsächlichen Sachherrschaft blieb und geringeren Schutz gegen Entfremdung durch Dritte genofs. Inhaltlich aber erschien es als das stärkere Recht, weil es eine freiere Verfügungsmacht und eine vollere Herrschaft verlieh[3]. Beiderlei Züge haben sich auf das heutige Fahrniseigentum vererbt. Auch ihm eignet, sobald es nicht durch Besitz gedeckt wird, eine für seinen Bestand oder doch für seine Geltendmachung bedrohliche Gebrechlichkeit[4]. Auch ihm aber entspringt eine inhaltlich freiere und vollere Macht, als sie das Grundeigentum gewährt. Denn nicht entfernt in gleichem Mafse wird hier die dem Eigentümer zugeschriebene Befugnis, „mit der Sache nach Belieben zu verfahren und Andere von jeder Einwirkung auszuschliefsen", durch entgegenstehende Rechtssätze Lügen gestraft.

Gleichwohl unterliegt auch das Fahrniseigentum gesetzlichen Beschränkungen, die sich teils auf die Verfügung über das Eigentumsrecht, teils auf die Herrschaft über den Sachkörper beziehen und teils im öffentlichen Recht, teils im Privatrecht wurzeln.

1. Die Verfügung über das Eigentumsrecht ist natürlich an die allgemeinen Vorschriften über Veräufserung und Belastung beweglicher Sachen gebunden und kann dem Eigentümer infolge einer sein Vermögen überhaupt oder eine einzelne im Streit befangene Sache treffenden Veräufserungssperre vorübergehend entzogen sein[5]. Im übrigen ist sie grundsätzlich und unabänderlich in das freie Belieben des Eigentümers gestellt[6]. Sie kann

---

Regeln auf die liegenschaftlichen Gerechtigkeiten hat im Fahrnisrecht keine Parallele. Auch insoweit bisher an Forderungen und anderen zum beweglichen Vermögen gerechneten unkörperlichen Sachen ein „Eigentum" anerkannt ist, folgt dieses keineswegs den besonderen Regeln, die für das Fahrniseigentum gelten.

[3] Sachsensp. I Art. 52 § 2 mit § 1. Drastisch sagen manche Weistümer, der Eigentümer möge, dieweil er noch rüstig ist, seine fahrende Habe einem wilden Rofs oder Hund an den Schwanz binden oder ins Wasser werfen; Gierke, Humor S. 31.

[4] Vgl. unten § 131 I 2, § 134, § 138.

[5] So vermöge der Konkurseröffnung (Konk.O. § 6), der Vermögensbeschlagnahme (Str.Pr.O. § 332 ff., 480), eines gerichtlichen Veräufserungsverbots (Konk.O. § 106, C.Pr.O § 935 u. 938).

[6] Ein Verzicht auf das Verfügungsrecht hat keine dingliche Wirkung; B.G.B. § 137.

Digitized by Google

von einem Anderen als dem Eigentümer befugterweise kraft eines besonders begründeten Verfügungsrechtes und unbefugterweise kraft eines dazu legitimierenden Besitzes wirksam vorgenommen werden. Von Hause aus steht sie nur dem Eigentümer zu. An gewissen Sachen aber sind dem Rechte des Eigentümers durch gesetzliche Vorschriften engere Schranken gezogen.

a. Das öffentliche Recht schränkt im öffentlichen Interesse die Verfüngsfreiheit des Eigentümers an den dem öffentlichen Gebrauche vorbehaltenen oder durch Verbotsgesetze dem freien Verkehr entzogenen Sachen ein[7]. Es gewährt andererseits in freilich seltenen Fällen dem Staate die Befugnis, im öffentlichen Interesse über das Eigentum an einer beweglichen Sache zu verfügen[8].

b. Das Privatrecht kennt heute keine gesetzlichen Einschränkungen der Verfügungsfreiheit des Eigentümers an beweglichen Sachen als solchen[9]. Wohl aber können bewegliche Sachen als Bestandteile eines zugunsten bestimmter Personen gebundenen Sondervermögens von dessen Gebundenheit ergriffen werden[10].

2. Die Herrschaft über den Sachkörper steht dem Eigentümer und ihm ausschliefslich insoweit zu, als ihn nicht ein besonders begründetes Rechtsverhältnis zur Unterlassung oder Vornahme bestimmter eigener oder zur Duldung bestimmter fremder Einwirkungen auf die Sache verpflichtet. Allein seiner Herrschaft sind auch gesetzliche Schranken gezogen.

a. Das öffentliche Recht unterwirft das Fahrniseigentum nicht einer solchen ständigen Oberherrschaft, wie sie der Staat

---

[7] Oben § 102 Anm. 10 u. 63. Landesrechtliche Vorschriften dieser Art werden durch E.G. Art. 109 gedeckt. Verbotswidrige Verfügungen sind nichtig: B.G.B. § 134.

[8] Die Enteignung beweglicher Sachen ist grundsätzlich zulässig und kann auch durch Landesrecht ermöglicht werden; E.G. Art. 109. Dazu tritt die Einziehung. Vgl. unten § 131 I 6 S. 522.

[9] Wie die älteren deutschen Quellen scharf betonen, dafs die Veräufserung von fahrender Habe nur durch das Verbot der Verfügungen auf dem Siechbette beschränkt ist (oben Anm. 3), so haben sich auch später gesetzliche Näherrechte oder Vorkaufsrechte an beweglichen Sachen, von solchen aus gemeinschaftlichem Eigentum abgesehen, nicht entwickelt. Das römischrechtliche Verbot der Veräufserung einer res litigiosa ist weggefallen.

[10] So kraft Zugehörigkeit zu einem Haus-, Lehns- oder Fideikommifsvermögen oder einem Anerbengut. Auch die Zugehörigkeit zu einer Erbschaft in der Hand eines Vorerben wirkt auf das Eigentum an beweglichen Sachen beschränkend ein; B.G.B. § 2113 Abs. 2, § 2115.

Digitized by Google

über das Grundeigentum ausübt. Wo jedoch ein dringendes öffentliches Interesse in Frage steht, mufs sich auch das Fahrniseigentum vor der öffentlichen Sachherrschaft beugen. Unter allen Umständen kann dem Eigentümer eine gemeinschädliche Ausübung seines Herrschaftsrechtes verboten und die Erhaltung der Sache im polizeimäfsigen Zustande geboten werden[11]. In besonderen Fällen aber mufs der Eigentümer auch eine im öffentlichen Interesse erforderliche obrigkeitliche Einwirkung auf die Sache dulden[12] und kann nur regelmäfsig, insofern ihm zum Besten der Allgemeinheit ein unverschuldeter Vermögensverlust zugefügt wird, dafür Entschädigung fordern[13]. Hierher gehören die Fälle, in denen der Eigentümer eine bewegliche Sache zur Benutzung für einen öffentlichen Zweck hergeben mufs, wie dies nach den Reichsgesetzen über die Militärlasten von den Eigentümern von Wagen, Gespannen und Schiffsfahrzeugen verlangt werden kann[14]. Ebenso aber die Fälle, in denen der Eigentümer die Beschädigung oder sogar die Vernichtung seiner Sache im öffentlichen Interesse dulden mufs[15]. Auch wo ihm dafür, wie bei der Tötung von Vieh zur Verhütung der Verbreitung von Viehseuchen, eine Entschädigung

---

[11] Vgl. oben § 125 Anm. 52; Biermann, Privatr. u. Polizei S. 179 ff; Stier-Somlo, Die Pflicht des Eigentümers S. 61 ff. Nach E.G. Art 111 behält hierin das Landesrecht freien Spielraum. Polizeiliche Verordnungen, die dem Eigentümer bestimmte Unterlassungen oder Handlungen auferlegen, begegnen namentlich in bezug auf Tiere, sei es zum Schutz gegen schädliche Tiere (z. B. frei umherlaufende Hunde, kranke Tiere usw.), sei es zum Schutz der Tiere selbst (Tierschutzverordnungen). — Ein Entschädigungsanspruch ist hier, da nur eine vorhandene Beschränkung entfaltet wird, nicht begründet; Biermann a. a. O. S. 163 ff., Stier-Somlo a. a. O. S. 61 ff.

[12] Das Landesrecht behält hinsichtlich der Gestattung solcher Eingriffe nach E.G. Art. 109 freie Bahn. Ein Notstand rechtfertigt hier wie bei Grundstücken auch einen gesetzlich nicht vorgesehenen Eingriff; oben § 125 Anm. 51.

[13] Der Entschädigungsanspruch ist begründet, wenn er nicht besonders ausgeschlossen ist. So insbesondere nach Preufs. L.R. Einl. § 75, I, 8 § 30 ff., V.U. Art. 9. Vgl. Biermann a. a. O. S. 186 ff., O. Mayer, Verw.R. II 351 ff. — A. M. Anschütz, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäfsige Handlungen der Staatsgewalt, S. 60 ff., 67 ff.

[14] R.Ges. über die Friedensleistungen v. 13. Febr. 1875 § 3 u. 10, Vergütung bar nach § 9 u. 14; R.Ges. über die Kriegsleistungen v. 13. Juni 1873 § 3 Z. 3 u. § 23, Vergütung nach § 12—14 in Anerkenntnissen (§ 20—22). Vgl. Laband IV 276 ff., 309 ff.

[15] Vgl. insbes. R.Ges. betr. Mafsregeln gegen die Rinderpest v. 7. Apr. 1869; R.Ges. über die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen v. 23. Juni 1880 u. 1. Mai 1894.

Digitized by Google

gewährt wird[16], liegt keine Enteignung vor, da sich der obrigkeitliche Eingriff nicht auf Entziehung des Eigentums richtet, dieses vielmehr nur infolge des Unterganges der Sache verloren wird und überdies an deren etwaigen Rückständen fortbesteht[17].

b. Das Privatrecht beschränkt die Herrschaft des Fahrniseigentümers über den Sachkörper nur durch die alles Eigentum treffenden gesetzlichen Beschränkungen[18].

§ 131. Erwerb und Verlust des Fahrniseigentums.

I. Erwerb. Der Erwerb des Eigentums an einzelnen beweglichen Sachen wurde im älteren deutschen Rechte regelmäfsig durch Erlangung der leiblichen Gewere vermittelt, vollzog sich daher entweder durch einseitige Bemächtigung auf Grund eines Aneignungsrechtes oder durch Übergabe auf Grund eines Übereignungsvertrages. An neuerzeugten Sachen aber wurde das Eigentum regelmäfsig durch die zur Hervorbringung erforderliche Arbeit verschafft. Daneben stand, soweit Fahrnis als Bestandteil eines gröfseren Sachganzen in Betracht kam, der durch das Eigentum an der Hauptsache oder dem Sachinbegriff vermittelte Eigentumserwerb an den zugehörigen Stücken.

Nach der Rezeption wurden die römischrechtlichen Sätze über den Eigentumserwerb in Ansehung beweglicher Sachen nicht nur im gemeinen Recht, sondern auch in den Partikularrechten als mafsgebend anerkannt. Berührten sie sich doch hinsichtlich der dem Besitz zugewiesenen Mittlerrolle im Fahrnisrecht mit den einheimischen Anschauungen. Allein das deutsche Recht wirkte in einer Reihe von Punkten auf das gemeine Recht abwandelnd ein und führte in den Partikularrechten vielfach eine tiefgreifende Umgestaltung herbei. Der römische Eigentumserwerb durch Okkupation wurde aufgenommen, jedoch durch die Festhaltung deutscher Aneignungsrechte teils eingeschränkt, teils erweitert. Die für die Übereignung erforderliche Übergabe wurde im Sinne der römischen Tradition ausgestaltet; doch wurden einerseits auch Traditionsformen deutscher Herkunft ausgebildet, andererseits vor

---

[16] Rinderpestges. § 3—4, Viehseuchenges. § 57—59.

[17] Vgl. Roth, D.P.R. III 237; Randa, Eigent. § 7 Anm. 9; G. Meyer, V.R. I 343 ff. — Unrichtig Dernburg, Preuß. P.R. I 66, Stobbe-Lehmann II 1 S. 506.

[18] Insbesondere kommt die Verpflichtung zur Duldung von Eingriffen kraft Nothülfe nach § 904 in Betracht.

Digitized by Google

allem die Wirkungen der Tradition seitens eines Nichtberechtigten mehr und mehr im Anschlufs an das deutsche Recht geregelt. Die römische Ersitzung wurde rezipiert, erfuhr aber gleichfalls unter deutschrechtlichem Einflufs mancherlei Umbildungen. Hinsichtlich des Eigentumserwerbes an neuentstandenen Sachen drang das römische Recht mit seinem vor allem auf die sachliche Herkunft blickenden Substantialprinzip durch; doch erhielt sich ihm gegenüber wenigstens teilweise das deutsche Produktionsprinzip. In erheblichem Umfange endlich blieben deutschrechtliche Erwerbsarten für die einem Sachganzen angehörigen Einzelsachen in Geltung.

Das B.G.B. hat eine aus römischem und deutschem Recht gemischte Ordnung zu gemeinem Recht erhoben. Es hält an der Mittlerrolle des Besitzerwerbes für den Eigentumserwerb fest, kennt aber einen vom Besitzerwerbe unabhängigen Eigentumserwerb namentlich an neu entstandenen und an zugehörigen Sachen.

1. Besitzergreifung ist das Mittel des Eigentumserwerbes in den Fällen der Aneignung. Eine Aneignung findet nicht nur an herrenlosen, sondern auch an fremden Sachen statt. Sie setzt aber an manchen Gattungen herrenloser Sachen und immer an fremden Sachen ein Aneignungsrecht voraus. Es gibt Fälle, in denen die Besitznahme das Eigentum einem Anderen als dem Besitznehmer verschafft[1].

2. Besitzübertragung ist das Mittel des Eigentumserwerbes in den Fällen der rechtsgeschäftlichen Übereignung. Die französichrechtliche Übereignung durch blofsen Vertrag fällt auch für Fahrnis weg. Nur bei der Veräufserung von Seeschiffen oder Schiffsanteilen kann Eigentumsübergang ohne Übergabe vereinbart werden[2]. Doch ist die zur Übereignung seitens des Eigentümers erforderliche Besitzübertragung im Sinne der römischen Tradition und selbst darüber hinaus erleichtert; ja die Besitzübertragung wird nicht nur durch schon vorhandenen Besitz des Erwerbers, sondern sogar durch die blofse Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe ersetzt[3]. Ganz auf deutschrechtlicher Grundlage dagegen ist der Eigentumserwerb durch Besitzerwerb von einem Veräufserer, der nicht Eigentümer ist, unter Festhaltung strengerer Erfordernisse für die Besitzübertragung geregelt[4].

---

[1] Vgl. über die Aneignung unten § 132.
[2] H.G.B. § 474—475, E.G. Art. 6.
[3] Von der Übereignung handeln wir in § 133.
[4] Hiervon unten in § 134.

Digitized by Google

3. Besitzdauer durch längere Zeit ist das Mittel des Eigentumserwerbes im Falle der Ersitzung. Die Ersitzung ist nur in Gestalt einer aufserordentlichen zehnjährigen Ersitzung beibehalten[5].

4. Der Eigentumserwerb an neuentstandenen Sachen vollzieht sich regelmäfsig unabhängig vom Besitzerwerbe mit der Entstehung der Sache. Als Eigentumserwerbsgrund ist nur bei der Herstellung einer neuen Sache durch Spezifikation die Erarbeitung anerkannt. Im übrigen herrscht das Substantialprinzip. Der Anfall des Miteigentums oder Alleineigentums an einer durch Verbindung oder Vermischung neuentstandenen Sache gründet sich auf das Eigentum an den in ihr aufgegangenen Sachen. Das Eigentum an den durch Zerlegung oder Abtrennung neuentstandenen Sachen einschliefslich der Früchte verbleibt dem Eigentümer der Herkunftssache, geht jedoch in gewissen Fällen unmittelbar mit der Trennung auf einen dinglich Berechtigten oder auf einen Besitzer über. Ausnahmsweise wird in manchen Fällen das Eigentum an abgetrennten Bestandteilen einer Sache durch Besitzergreifung auf Grund eines Aneignungsrechts erworben[6].

5. Der Eigentumserwerb an zugehörigen Sachen erfolgt in erheblichem Umfange unabhängig vom Besitzerwerbe.

a. Als Vermögensbestandteile wechseln bewegliche Sachen in gleicher Weise wie Grundstücke unmittelbar durch Erbfolge oder andere Gesamtnachfolge, daher auch durch Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft und durch Anwachsung bei gesamter Hand ganz oder teilweise ihren Eigentümer[7].

b. Kraft Zugehörigkeit zu einem Sachinbegriff werden bewegliche Sachen, die der Niefsbraucher eines Grundstücks samt Inventar oder der Pächter eines Grundstücks, der das Inventar zum Schätzungswerte übernommen hat, zur Erhaltung des Inventars anschafft, mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum des Eigentümers oder Verpächters[8].

---

[5] Hiervon unten in § 135.

[6] Von der Verbindung, Vermischung und Verarbeitung handeln wir in § 136, vom Fruchterwerbe in § 137.

[7] Vgl. oben § 127 III S. 456—457. Auch die landesrechtliche Nachfolge in Sondervermögen erstreckt sich zugleich auf zugehörige Fahrnis. Hinzu tritt hier der Eintritt der Fahrnisgemeinschaft; B.G.B. § 1549. — Bei der Übertragung des gesamten Vermögens oder eines Sondervermögens unter Lebenden, bei der Einbringung in eine Gesellschaft und bei der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft mufs nach B.G.B. jedes Fahrnisstück besonders übereignet werden.

[8] B.G.B. § 1048, 588. Die Herstellung der objektiven Zugehörigkeit ent-

Digitized by Google

c. Als Zubehör eines Grundstücks gehen bewegliche Sachen, wenn sie mitveräufsert sind, zusammen mit dem Grundstücke durch dessen Auflassung und Umschreibung in das Eigentum des Erwerbers über[9]. Der Besitzerwerb ist nur erforderlich, um dem Erwerber auch an solchen Zubehörstücken, die nicht Eigentum des Veräufserers oder mit dem Recht eines Dritten belastet sind, das Eigentum oder das unbelastete Eigentum zu verschaffen[10]. Ebenso wird durch den Zuschlag eines Grundstücks zugleich mit dem Eigentum an einem Grundstücke das Eigentum an allen beweglichen Sachen, auf die sich der Zuschlag miterstreckt, übertragen[11]. Dagegen mufs das Eigentum an Zubehörungen einer beweglichen Sache besonders erworben werden.

d. Als einem Rechte zugehörig steht der Schuldschein über eine Forderung kraft gesetzlicher Regel im Eigentum des Gläubigers und ebenso jede Urkunde über ein anderes Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, im Eigentum des Berechtigten[12]. Das Eigentum an der Urkunde wird daher mangels anderer Vereinbarung unmittelbar mit ihrer Entstehung vom Berechtigten erworben und unmittelbar mit der Abtretung des Rechtes übertragen, ohne dafs Übergabe erforderlich wäre. Ist jedoch das Recht erloschen, so unterliegt die Urkunde dem gewöhnlichen Fahrnisrecht. Auch bei Wertpapieren fallen das Eigentum an der Urkunde und die Zuständigkeit des verbrieften Rechts zusammen: hier aber folgt nicht das Papier dem Recht, sondern das Recht dem Papier[13].

e. Als Sachbestandteil fällt eine Sache, die in einen wesentlichen Bestandteil einer anderen Sache verwandelt wird, in das Eigentum dessen, dem die andere Sache gehört. Doch handelt es sich hierbei nicht um Erwerb des Eigentums an der einverleibten

---

scheidet. Meist freilich wird damit zugleich für den Eigentumserwerber mittelbarer Besitz begründet. Notwendig aber ist dies nicht. Wenn z. B. ein Eigenbesitzer eines Grundstücks, der nicht Eigentümer ist, einen Niefsbrauch am Grundstück samt Inventar bestellt hat, wird durch die Einverleibung ihm mittelbarer Besitz, das Eigentum aber dem Eigentümer verschafft.

[9] B.G.B. § 926 Abs. 1. Möglich ist natürlich auch Übereignung durch Übergabe ohne Auflassung; aber dazu gehört eine hierauf gerichtete besondere Einigung; R.Ger. b. Seuff. LIX Nr. 127.

[10] B.G.B. § 926 Abs. 2.

[11] Zwangsverst.Ges. § 90 Abs. 2 mit § 55.

[12] B.G.B. § 952; oben § 108 I S. 104.

[13] Vgl. oben § 108—112.

Digitized by Google

Sache, die ja als Rechtsobjekt untergeht, sondern um Entfaltung des Eigentums an der Hauptsache, die trotz der Veränderung als dasselbe Rechtsobjekt fortbesteht. So verhält es sich stets, wenn eine bewegliche Sache als wesentlicher Bestandteil mit einem Grundstücke verbunden wird; ebenso aber bei der Verbindung oder Vermischung mehrerer beweglicher Sachen, falls keine neue Sache entsteht, sondern eine Sache die andere in sich aufnimmt, ohne die Identität einzubüfsen[14].

6. Eigentumserwerb kraft staatlicher Willenserklärung findet an Fahrnis auf Grund besonderer reichsgesetzlicher oder vorbehaltener landesgesetzlicher Vorschriften statt.

Der Enteignung sind bewegliche Sachen nur in aufserordentlichen Fällen unterworfen. So ist nach Reichsrecht während des Kriegszustandes eine Enteignung von Pferden und von Schiffen für Kriegszwecke zulässig[15]. Landesgesetze kennen eine Enteignung von Materialien zum Deichbau und zur Anlage und Unterhaltung öffentlicher Wege[16]. Der Übergang des Eigentums vollzieht sich auch hier durch einseitige Willenserklärung der zuständigen Behörde.

Bewegliche Sachen unterliegen ferner unter Umständen der Einziehung[17]. Die Einziehung kommt als strafrechtliche und als privatrechtliche Mafsregel vor[18]. Sie trifft immer nur Sachen, die Mittel oder Erzeugnis einer Rechtsverletzung waren, und bezweckt Sicherung gegen fernere Rechtsverletzungen. Insoweit sie nicht blofs zur Unschädlichmachung einer dem Eigentümer zurückzugebenden Sache erfolgt, entzieht und verschafft sie Eigentum.

---

[14] B.G.B. § 946—948. — Zu den Fällen, in denen nach § 947 u. 948 Alleineigentum erworben wird, gehören jedoch nicht nur solche, in denen die als „Hauptsache" anzusehende Sache fortbesteht, sondern auch solche, in denen eine neue Sache entsteht. Jenes ist z. B. bei der Einsetzung eines Ersatzstückes in eine Maschine, dieses bei der chemischen Verbindung eines wertvollen und eines geringwertigen Stoffes der Fall.

[15] R.Ges. v. 13. Juni 1873 § 23 ff.; Laband IV 310 ff. — Die Entschädigung ist bar (nicht, wie sonst bei Kriegsleistungen, in Anerkenntnissen) zu entrichten.

[16] Preufs. Deichges. § 20, Enteignungsges. § 50—53; vgl. Dernburg I 66. Sächs. u. Französ. Ges. b. E. Löning, V.R. S. 572 Anm. 1. Bayr. Ver. v. 1812 b. Roth, Bayr. C.R § 141 Anm. 13. Andere Ges. b. Roth, D.P.R. III § 246 Anm. 20. — Enteignung von Getreidevorräten bei Hungersnot nach Preufs. L.R. I, 11 § 7. Vgl. auch Preufs. L.R. II, 16 § 77—78. — Über Enteignung von Altertumsfunden unten § 132 Anm. 95.

[17] Vgl. O. Köbner, Die Mafsregel der Einziehung, Berlin 1891.

[18] Über die Einziehung zur Sicherung des Urheberrechts vgl. oben Bd. I 817 ff.; über die Einziehung widerrechtlich gezeichneter ausländischer Waren ib. S. 743.

Digitized by Google

Der Eigentumsübergang vollzieht sich unabhängig vom Besitzwechsel durch das rechtskräftige Urteil, das auf Einziehung lautet[19]. Im Zweifel erwirbt der Staat, in gewissen Fällen aber eine andere zur Aneignung befugte Person das Eigentum[20].

Die Zwangsvollstreckung führt nur insoweit, als die Zwangsversteigerung von Liegenschaften sich auf zugehörige bewegliche Sachen erstreckt, zum unmittelbaren Erwerbe von Fahrniseigentum durch staatliche Willenserklärung[21]. Dagegen bildet der Zuschlag bei der öffentlichen Versteigerung gepfändeter Sachen nur eine rechtsgeschäftliche Grundlage für den Eigentumserwerb durch Übergabe[22].

II. Verlust. Jedem Erwerbe von Eigentum entspricht, falls an der Sache schon Eigentum bestand, notwendig der Verlust von Eigentum. Unabhängig aber von fremdem Eigentumserwerbe erlischt das Eigentum, wenn die Sache untergeht oder herrenlos wird.

Durch Untergang der Sache erlischt das bisherige Eigentum nicht nur dann, wenn sie völlig vernichtet wird[23], sondern auch dann, wenn sie als Stoff oder als Bestandteil in einer anderen Sache erhalten bleibt[24].

Herrenlos wird die bewegliche Sache entweder durch freiwilligen Verzicht auf das Eigentum oder durch unfreiwilligen Verlust des Eigentums.

Der Verzicht auf das Eigentum fordert eine darauf gerichtete Absicht und das Aufgeben des Besitzes[25]. Die Dereliktion ist

---

[19] Köbner a. a. O. S. 59 ff.

[20] Über das Aneignungsrecht des im Urheberrecht Verletzten oben Bd. I 818 Anm. 21.

[21] Oben Anm. 11.

[22] C.Pr.O. § 817.

[23] An die Stelle tritt möglicherweise ein Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung oder aus Haftung eines Anderen für die Gefahr des Unterganges oder, wenn die Vernichtung durch öffentlichrechtlichen Eingriff erfolgt, ein Entschädigungsanspruch gegen den Staat.

[24] An die Stelle tritt möglicherweise ein Bereicherungsanspruch oder auch ein Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung oder aus Verwendung oder ein Wegnahmerecht; § 951. Die Ausübung des Wegnahmerechts führt nicht etwa dazu, dafs das frühere Eigentum an dem abgetrennten Bestandteil wieder auflebt, sondern verschafft neues Eigentum an einer neu hergestellten Sache. Darum wird der zur Wegnahme befugte Besitzer durch Aneignung auch dann Eigentümer, wenn er nicht Eigentümer der durch Verbindung untergegangenen Sache gewesen war; vgl. unten § 132 Anm. 9.

[25] B.G.B. § 959. Es genügt also weder das bloſse Aufgeben des Besitzes (z. B. seitens des sein Eigentum nicht kennenden Besitzers oder seitens der

Digitized by Google

daher ein Rechtsgeschäft[26], setzt Geschäftsfähigkeit voraus und kann unter einer Bedingung oder Befristung erfolgen[27]. Sie kann durch Aufgeben des mittelbaren Besitzes auch dann erklärt werden, wenn ein Anderer im unmittelbaren Besitz ist[28]. Die an der Sache sonst bestehenden dinglichen Rechte werden von dem Verzicht des Eigentümers nicht berührt[29].

Der Eintritt der Herrenlosigkeit kraft unfreiwilligen Verlustes des Eigentums begegnet als Folge des Besitzverlustes bei gewissen Tieren. Ein gefangenes wildes Tier wird herrenlos, wenn es die Freiheit wieder erlangt und der Eigentümer entweder es nicht unverzüglich verfolgt oder die Verfolgung aufgibt[30]. Gleiches gilt für einen ausgezogenen Bienenschwarm[31]. Ein gezähmtes Tier wird herrenlos, wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren[32].

Im übrigen zieht bloſser Besitzverlust den Eigentumsverlust nicht nach sich. Das Eigentum an einer verlorenen beweglichen Sache kann aber durch Verschweigung erlöschen, wenn die

---

Munition verschieſsenden Truppe) noch die bloſse Erklärung, auf das Eigentum zu verzichten. Doch muſs eine Verzichtserklärung ausreichen, wenn der Besitz vorher unfreiwillig verloren war; Biermann zu § 959, Dernburg, B.R. III § 111 Anm. 11; a. M. Planck zu § 959. — Ob das Auswerfen von Sachen oder Geld als Dereliktion (wie im Preuſs. A.L.R. I, 9 § 343 ff.) oder als Tradition an eine persona incerta (wie in l. 9 § 7 D. 41, 1) aufzufassen ist, muſs nach den Umständen entschieden werden.

[26] Oben Bd. I 281, Planck, Biermann, Kober, Fischer-Henle zu § 959, Rehbein I 101, Leonhard, Allg. T. S. 260, Cosack § 214 II 4. — A. M. Hellmann, Allg. T. S. 61, Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit I 217 ff.

[27] Bedingte Dereliktion kann das Auswerfen für einen bestimmten Personenkreis sein; Preuſs. L.R. I, 9 § 345 ff. Ebenso der Verzicht zugunsten des Besitzers, so daſs z. B. eine nichtige Übergabe als Dereliktion wirksam sein kann.

[28] Somit kann der Eigentümer auch einseitig zugunsten des Pfandbesitzers, Verwahrers usw. verzichten.

[29] Sie gehen auch durch Aneignung seitens eines Anderen nicht unter; Fischer-Henle Bem. 5, Biermann Bem. 3, Kober Bem. 3 zu § 958; Cosack § 202 II.

[30] B.G.B. § 960 Abs. 2. Ähnlich l. 3 u. 5 pr. D. 41, 2, Preuſs. L.R. I, 9 § 108, Österr. Gb. § 384, Sächs. Gb. § 289. Vgl. Dernburg, B.R. III § 112 I 2.

[31] B.G.B. § 961; Näheres unten § 132 III.

[32] B.G.B. § 960 Abs. 3. Ähnlich Preuſs. L.R. I, 9 § 107 ff., Sächs. Gb. § 229. Einzelne Rechte setzen eine Frist; Schwabensp. c. 237, 240, 243; Purgoldt IV 65; Österr. Gb. § 384.

Digitized by Google

Sache von einem Anderen gefunden und der Fund gehörig kundgemacht ist. Doch fällt hier der Verlust des Eigentums mit dessen Erwerb durch den Aneignungsberechtigten zusammen, so dafs ein Zwischenzustand der Herrenlosigkeit nicht eintritt[38].

§ 132. Aneignung von Fahrnis.

I. Überhaupt. Aneignung ist Eigentumserwerb durch eine einseitige Handlung, die bei beweglichen Sachen in der Besitzergreifung besteht.

1. Herrenlose Sachen unterliegen stets der Aneignung, wenn nicht ausnahmsweise ihre Aneignung gesetzlich verboten ist[1].

Während nach römischem Recht die herrenlosen Sachen der freien Okkupation offenstehen, bildete das deutsche Recht hinsichtlich der wichtigsten Gattungen herrenloser Sachen ausschliefsliche Aneignungsrechte in Gestalt von Rechten des Grundeigentümers, Regalien und besonderen Gerechtigkeiten aus. Als solche bleiben auch künftig nach Mafsgabe der Landesgesetze allgemein das Jagdrecht und das Fischereirecht und vereinzelt gewisse Regalien (z. B. das Bernsteinregal, das Schatzregal) bestehen[2]. Die Aneignung erfolgt hier in Ausübung eines besonderen Persönlichkeitsrechtes auf Vornahme der vorbehaltenen Erwerbshandlungen[3].

Im übrigen gilt auch nach deutschem und heutigem Recht hinsichtlich herrenloser Sachen Aneignungsfreiheit. Freier Aneignung unterliegen daher die dem freien Tierfange nicht durch besonderen Rechtssatz entzogenen (insbesondere die schädlichen und die geringfügigen) wilden Tiere, die Meereserzeugnisse usw., sowie die vorbehaltlos derelinquierten Sachen. Wer eine solche Sache sich aneignet, übt nur das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf freie Betätigung aus.

Einer bedingten Aneignung sind auch fremde Sachen, die sich in Niemandes Besitz befinden, unterworfen. Wer sie in Besitz

---

[38] Vgl. unten § 132 IV S. 535 ff.

[1] Wie die Aneignung der durch das R.Ges. v. 22. März 1888 geschützen nützlichen Vögel, ihrer Eier und Jungen; vgl. Str.G.B. § 368 Z. 11.

[2] E.G. zum B.G.B. Art. 69 u. 73.

[3] Oben Bd. I 716. Wenn Lehmann b. Stobbe II 1 S. 446 ff. diese Rechte zu den dinglichen Aneignungsrechten zählt, so ist dagegen einzuwenden, dafs vor der Besitzergreifung keinerlei dingliche Rechtsbeziehung der Person zu den einzelnen Sachen besteht. Sind doch diese bei dem wechselnden Wild- oder Fischbestande überhaupt nicht fest bestimmt.

Digitized by Google

nimmt, erwirbt dadurch zwar nicht Eigentum, wohl aber die Anwartschaft auf den Anfall des Eigentums für den Fall, dafs das bisherige Eigentum durch Verschweigung oder Verzicht erlischt[4]. Die bedingte Aneignung steht regelmäfsig Jedermann frei, wird jedoch durch ausschliefsliche Aneignungsrechte hinsichtlich der in öffentlichen Räumen gefundenen Sachen und des Strandguts beschränkt[5]. Unbedingter Aneignung wird, weil die Ermittlung des Eigentümers von vornherein als unmöglich erscheint, der Schatz überlassen; an ihm aber wird durch die Entdeckung ein gemeinsames ausschliefsliches Aneignungsrecht für den Entdecker und den Eigentümer der Sache, die den Schatz verbarg, begründet[6].

2. Fremde Sachen kann sich nur aneignen, wer dem Eigentümer gegenüber ein besonderes Recht zum Erwerbe des Eigentums im Wege einseitiger Besitzergreifung hat. Derartige Aneignungsrechte sind dem deutschen wie dem römischen Recht bekannt. Sie finden sich auch im B.G.B. So kann der Grundeigentümer kraft des nachbarrechtlichen Überhangsrechtes sich fremde Zweige und Wurzeln aneignen[7]. Ferner erwirbt, wer kraft eines persönlichen Rechtes zur Fruchtziehung oder sonst zur Gewinnung von Erzeugnissen oder anderen Bestandteilen einer fremden Sache befugt ist, ohne dafs ihm deren Besitz überlassen wäre, durch Besitzergreifung das Eigentum an den durch Trennung entstandenen und zunächst in fremdes Eigentum gefallenen Sachen[8]. Ebenso

---

[4] So bei gefundenen Sachen und bei seetriftigem Gut. Man darf hier nicht mit Lehmann a. a. O. von einem dinglichen Aneignungsrechte des Finders reden. Die erforderliche Aneignungshandlung ist schon mit der Besitzergreifung vollzogen, während weitere Handlungen nur regelmäfsig erforderlich sind, um das bisherige Eigentum zum Erlöschen zu bringen; tritt dieser Fall ein, so erfolgt der Eigentumserwerb von Rechts wegen; das Recht des Finders auf den Eigentumserwerb ist also ein dingliches Anwartschaftsrecht, das auch, wenn es durch Verzicht auf die Gemeinde übergeht, sich ohne jede Erwerbshandlung der Gemeinde in Eigentum umsetzt. Dafs aber die Besitzergreifung selbst nicht in Ausübung irgend eines besonderen Rechtes stattfindet, bedarf keines Beweises.

[5] Das Recht auf Besitznahme behufs eventueller Aneignung ist auch hier kein dingliches Recht, trägt vielmehr alle Züge eines Monopolrechts.

[6] Dieses Aneignungsrecht erscheint nach B.G.B. § 984 als dingliches Recht.

[7] Oben § 126 Anm. 54. Dagegen ist das Überfallsrecht nach dem B.G.B. kein Aneignungsrecht; ib. Anm. 65.

[8] B.G.B § 956—957. Wenn das B.G.B. auch in den Fällen, in denen ein Anderer als der Eigentümer das Eigentum an Früchten und sonstigen Bestandteilen mit der Trennung erwirbt, von einem Rechte, „sich anzueignen“, spricht.

Digitized by Google

kann der Besitzer einer dem Eigentümer herauszugebenden Sache einen wesentlichen Bestandteil, der entweder von ihm selbst mit der Sache verbunden war oder vor der Verbindung in seinem Eigentum gestanden hatte, nach erfolgter Trennung sich aneignen[9]. Aufserdem kann das Landesrecht Aneignungsrechte an fremden Sachen vermöge eines Regals oder auf einem ihm sonst vorbehaltenen Gebiet (z. B. im Bergrecht) gewähren. Auch kann es allgemein die Aneignung fremder Tauben, die im Freien betroffen werden, gestatten[10]. In allen solchen Fällen mufs der Eigentümer die Entziehung seines Eigentums durch unmittelbare Eingriffshandlung eines Anderen dulden; das Aneignungsrecht selbst aber ist in den einzelnen Fällen ungleich beschaffen[11].

II. Eigentumserwerb an herrenlosen Sachen. Der Erwerb des Eigentums an einer herrenlosen Sache vollzieht sich,

so ist dies ungenau. Denn der Eigentumserwerb erfolgt hier unmittelbar mit der Entstehung der neuen Sache durch Trennung ohne jede Erwerbshandlung. Auch wenn der Berechtigte selbst die Trennung in Eigentumserwerbsabsicht vornimmt, ist diese Absicht rechtlich bedeutungslos. Ein „Aneignungsrecht" wäre gegenstandslos, da es nie eine Sache vorfände, die nicht schon im Eigentum des Aneignungsberechtigten stände. — Zahlreicher sind die Fruchtaneignungsrechte nach bisherigem Recht.

[9] B.G.B. § 997 mit § 951 Abs. 2 und § 258. Die blofse Trennung verschafft dem Wegnahmeberechtigten kein Eigentum. Vielmehr bleibt die neue Sache Eigentum des Eigentümers der Hauptsache (§ 953), bis der Wegnahmeberechtigte den Besitz ergriffen hat. Die Besitzergreifung aber macht ihn stets zum Eigentümer. Auch wenn die Sache, die er als Bestandteil verbunden hatte, eine fremde gewesen und etwa von ihm selbst gestohlen oder sonst unredlich erlangt war, wird er Eigentümer des wieder abgetrennten Bestandteils. Denn es handelt sich eben nicht mehr um die untergegangene alte, sondern um eine ganz neue Sache. — Das Abtrennungsrecht kann noch nach Erlangung des Besitzes durch den Eigentümer ausgeübt werden. Es fällt aber weg, wenn eine Verwendung vorliegt, die zu den durch Zuständigkeit der Nutzungen aufgewogenen gewöhnlichen Erhaltungskosten gehört, wenn die Abtrennung für den Berechtigten keinen Nutzen hat oder wenn diesem der Wert ersetzt wird. Auch mufs der Berechtigte stets schonlich verfahren und Schaden vergüten. — Auch die Fälle, in denen das B.G.B. allgemein die „Wegnahme einer Einrichtung" von einer Sache gestattet (z. B. § 500, 547, 601, 1049, 1216, 2125), gehören dann hierher, wenn die Einrichtung ein wesentlicher Bestandteil ist.

[10] E.G. Art. 139. Vgl. Preufs. L.R. I, 9 § 111, Feld-Pol.O. v. 1847 § 40. Sondersh. A.G. z. B.G.B. Art. 33. Dernburg, B.R. III 337 ff.

[11] Das nachbarrechtliche Aneignungsrecht ist ein dingliches, das Fruchtaneignungsrecht (Anm. 8) und das Wegnahmerecht (Anm. 9) nur ein persönliches Recht; das Aneignungsrecht an fremden Tauben beruht auf erweiterter Aneignungsfreiheit.

Digitized by Google

mag er in Ausübung der Aneignungsfreiheit oder eines ausschliefslichen Aneignungsrechtes erfolgen, durch Ergreifung des Eigenbesitzes[12]. Eine auf den Erwerb des Eigentums gerichtete Willensbetätigung ist nach dem B.G.B. nicht erforderlich[13]. Die Aneignung ist also zwar eine Rechtshandlung, aber kein Rechtsgeschäft[14]. Auch der Geschäftsunfähige kann, soweit er Besitz zu ergreifen vermag, eine herrenlose Sache sich aneignen[15].

Wer unter Verstofs gegen ein gesetzliches Aneignungsverbot oder unter Verletzung eines fremden Aneignungsrechtes Besitz ergreift, erwirbt das Eigentum nicht[16]. Dieser Satz gilt nach dem B.G.B. auch für das im übrigen dem Landesrechte vorbehaltene Jagd- und Fischereirecht[17]. Insoweit wird endgültig die viel umstrittene Frage entschieden, wie es mit dem Eigentum an dem vom Wilderer erlegten Wilde steht[18]. Die romanisierende

---

[12] B.G.B. § 958 Abs. 2. Die Besitzergreifung kann durch einen Stellvertreter erfolgen. Mittelbarer Eigenbesitz genügt; Strohal, Sachbesitz S. 42. Bevor der Besitz wirklich erlangt ist, entsteht aus vorbereitenden Handlungen keine dingliche Rechtsbeziehung zur Sache. Wer mit der Besitzergreifung einem Anderen zuvorkommt, wird auch dann Eigentümer, wenn er durch unerlaubte Handlung die frühere Besitzergreifung des Anderen gehindert hat. Anders Preufs. L.R. I, 9 § 12—13.

[13] Anders nach gemeinem Recht und den bisherigen Gesetzbüchern; vgl. Preufs. L.R. I, 9 § 9 mit I, 7 § 44, Österr. Gb. § 381 mit § 310, Sächs. Gb. § 227 mit §§ 193—194, Zürch. Gb. § 195 (625), Bündner Gb. § 189.

[14] Nach bisherigem Recht ist sie Rechtsgeschäft; oben Bd. I 281 Anm. 7. In das B.G.B. aber, das nur Ergreifung des Eigenbesitzes fordert und diese nicht an die Erfordernisse des Rechtsgeschäfts bindet, darf diese Auffassung nicht hineingetragen werden. Vgl. Strohal, Sachbesitz S. 75 ff., Leonhard S. 259, Hellmann S. 61, Buhl § 7, Planck zu § 958, Eltzbacher a. a. O. S. 216 ff. A. M. Rehbein I 101, Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte, 1901, S. 24 ff., Biermann zu § 958 Bem. 1, Kober Bem. IV, Cosack (4. Aufl.) § 202, Landsberg S. 665.

[15] Somit erwirbt, abweichend vom bisherigen Recht, das Kind Eigentum an dem von ihm gefangenen Schmetterling oder der von ihm mitgenommenen weggeworfenen Sache. Durch Übergabe erwirbt es auch im Falle der Schenkung nur Besitz, nicht Eigentum. Allein regelmäfsig wird sich die nichtige Übereignung als Dereliktion und Aneignung aufrecht erhalten lassen (oben § 131 Anm. 27), so dafs Eigentum erworben wird.

[16] B.G.B. § 958 Abs. 2. Ebenso Preufs. L.R. I, 9 § 9, Österr. Gb. § 382 Sächs. Gb. § 231.

[17] E.G. Art. 69.

[18] Vgl. darüber Schütze, Jahrb. des gem. R. VI 61 ff.; v. Brünneck, De dominio ferarum, quae illicite capiuntur, Halle 1862, Arch. f. c. Pr. XVIII 80 ff., Gruchots Beiträge XVI 182 ff.; v. Anders, Das Jagd- und Fischereirecht, Innsbruck 1884, S. 107 ff.; K. Roth, Krit. V.Schr. V 542 ff.; Janus,

Digitized by Google

Ansicht, die das Eigentum dem Wilderer zuspricht[19], scheidet aus[20]. Dagegen bleibt unentschieden, ob durch die Besitzergreifung des Wilderers ein Eigentumserwerb des Jagdberechtigten zustande kommt[21] oder das Wild in der Hand des Wilderers herrenlos bleibt[22]. Sowohl der deutschen Auffassung des Jagd- und Fischereirechtes wie den Anschauungen und Bedürfnissen des Verkehrs entspricht die Annahme, daſs der Aneignungsberechtigte auch durch fremde Besitznahme Eigentum erwirbt[23]. Das B.G.B. hindert die Landesgesetze nicht, die von ihnen gewährten ausschlieſslichen Aneignungsrechte mit solcher Wirkungskraft auszustatten[24]. Insoweit dies aber nicht der Fall ist, bleibt das Wild

---

Der Erwerb des Eigentums am Wildergut, Breslau 1894; Jaehner, Eigentumserwerb am Wilderergut, Göttingen 1897. — Auch Windscheid § 184 Anm. 5 b; Dernburg, Preuſs. P.R. I § 229 Anm. 16; Stobbe-Lehmann II 1 S. 582 ff.; Gerber-Cosack S. 161 Anm. 1.

[19] So Puchta, Vorles. I § 154; Walter, D.P.R. § 126; Reyscher, Württ. P.R. II § 288 Anm. 2; Thon, Rechtsnorm S. 337 Anm. 19; Janus a. a. O. S. 37.

[20] Partikularrechte, die dies bestimmen, sind aufgehoben. So Württ. Jagdges. v. 27. Okt. 1855 Art. 7 u. 18, nach Neubauer S. 100 auch Elsaſs-Lothring. Recht. Die Bestimmung des Württ. A.G. Art. 206, die den Art. 7 des Jagdgesetzes dahin ändert, daſs das erlegte Tier dem Aneignungsrecht des Erlegers unterliegt, ist insoweit, als sie die Möglichkeit des Eigentumserwerbes durch den Wilderer schafft, wegen Verstoſses gegen Reichsrecht nichtig. So auch Niedner zu E.G. Art. 69 Bem. 4.

[21] Dafür unter Annahme einer unfreiwillligen Stellvertretung Schütze a. a. O. S. 108 ff.; Bekker ebenda S. 115; v. Brünneck a. a. O. (Diss. p. 56 ff., Arch. S. 97 ff., b. Gruchot S. 203); Beseler § 87 Anm. 12; Windscheid a. a. O. Ebenso unter Annahme eines schon vorhandenen dinglichen Rechts, das durch die Erlegung in Eigentum an dem speziellen Stück übergehe, Brinz, Pand. I 570 ff.; K. Roth a. a. O. S. 555; Ziebarth, Forstrecht S. 291 ff. Desgleichen früher Gerber § 92 (2.—8. Aufl.), der auf die Analogie der Fruchttrennung verwies. Ähnlich neuerdings Jaehner a. a. O. S. 23 ff. mit eingehender Begründung aus der Zugehörigkeit des Jagdertrages zur Bodenrente, die den eigentlichen Gegenstand des Grundeigentums bilde.

[22] Dies nehmen die Meisten an. So Dernburg, Pand. I § 203 Anm. 14, Preuſs. P.R. a. a. O.; Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 57; Bluntschli, D.P.R. § 71 Anm. 5; Gerber a. a. O. (seit der 9. Aufl.); Czyhlarz b. Glück, Serie 41—42 S. 84; Eccius b. Förster III § 175 Anm. 7; v. Anders a. a. O. S. 132 ff. Ebenso R.Ger. in Str.S. XXIII Nr. 24.

[23] Nicht aber schon, wie Jaehner a. a. O. S. 36 ff. meint, durch die Tötung oder den natürlichen Tod des Tieres.

[24] Die Meisten behaupten das Gegenteil; so Biermann Bem. 2d β, Kober Bem. II 2 b, Planck Bem. 3 c zu § 958, Niedner Bem. 3 a γ zu E.G. Art. 69. Richtig Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb S. 114. — Ob das geltende Landesrecht den Eigentumserwerb des Berechtigten anordnet,

Digitized by Google

so lange herrenlos, als es der Wilderer oder ein unredlicher Nachfolger besitzt[25]. Doch wird man annehmen müssen, dafs der Jagdberechtigte nicht nur die Herausgabe des Wildes verlangen kann, sondern auch kraft seines fortbestehenden Aneignungsrechtes durch Besitzergreifung Eigentum erlangt[26]. Andererseits kann durch Veräufserung und Übergabe seitens des Nichteigentümers ein redlicher Dritter das Eigentum erwerben[27].

III. Bienenrecht[28]. Besondere Regeln stellte seit alter Zeit das deutsche Recht über die Aneignung von Bienen auf. Es unterwarf der Aneignung nicht nur die noch von keinem Anderen in Besitz genommenen wilden Bienen, sondern auch die Bienenschwärme, die sich durch Auswanderung aus einer Bienenwohnung dem bisherigen Eigentümer entzogen haben. Denn die Biene ist durch die Bienenzucht nicht in ein Haustier verwandelt worden, sondern ein „wilder Wurm" geblieben[29]. Zur Aneignung genügte

---

bleibt Auslegungsfrage. Wünschenswert wäre ausdrückliche gesetzliche Feststellung, wie sie im Lüb. Jagdges. v. 28. Febr. 1900 § 36—37 erfolgt ist. Vgl. de lege ferenda auch v. Anders a. a. O. S. 168 ff. — Die juristische Konstruktion wird über eine Reflexwirkung des Aneignungsrechtes nicht hinauskommen. Eine Analogie bietet B.G.B. § 984; vgl. unten S. 543.

[25] Das B.G.B. kennt keine Eigentumserwerbsart, die dem Jagdberechtigten das Eigentum auf Grund fremder Besitznahme verschaffen könnte. Vgl. auch Protok. der II. Lesung S. 3787 ff.

[26] Vgl. Dernburg B.R. III § 113 Anm. 21, Niedner a. a. O. Abweichend Biermann, Planck, Kober a. a. O. Allein ohne Fortdauer seines Aneignungsrechts könnte der Jagdberechtigte das Eigentum überhaupt nicht erlangen, da ihm die Übergabe seitens des Wilderers, von dem er weifs, dafs er nicht Eigentümer ist, nicht dazu verhelfen kann. Freilich muß nun für diesen Fall das Jagdrecht über das Jagdrevier hinaus erstreckt werden! Und die Wegnahme des im Laden des unredlichen Wildhändlers hängenden herrenlosen Rehbocks durch einen Anderen ist nicht Diebstahl, sondern Jagdvergehen!

[27] Denn die Ausnahme des § 935 greift nicht Platz. Dies gilt auch dann, wenn das Landesrecht den Jagdberechtigten als Eigentümer behandelt, da die Sache niemals in seinem Besitz war und somit ihm nicht abhanden gekommen ist. — Anders nach bisherigem gemeinen Recht, für das Bluntschli § 71 Anm. 5 grundlos Eigentumserwerb des gutgläubigen Käufers annimmt. Anders auch, wenn blofs der Satz „Hand wahre Hand" gilt, da kein anvertrautes Gut vorliegt.

[28] Bülow u. Hagemann, Prakt. Erört. II 89 ff.; Busch, Handbuch des heutigen in Deutschland geltenden Bienenrechts, Arnstadt 1830; Elvers, Arch. f. prakt. R.W. III 219 ff.; Kolligs, Arch. f. c. Pr. LXXIV 433 ff.; Stobbe-Lehmann II § 129; Dernburg, B.R. III § 112 III 2.

[29] Sächs. Weichbild (ed. Walther) Art. 144 (Thüngen Art. 82, v. Daniels Art. 118).

Digitized by Google

es ursprünglich, wenn der Finder den Baum oder Fels, den der Schwarm besetzt hat, mit seiner Marke zeichnet[30]. Nach den meisten späteren Quellen und nach heutigem Recht ist Einfangen erforderlich.

Das Eigentum an einem ausziehenden Schwarm geht jedoch nicht sofort verloren, sondern erlischt erst, wenn der Eigentümer ihn nicht verfolgt oder die Verfolgung aufgibt[31]. Für die Verfolgung ist oft eine feste Frist von zwei oder drei Tagen gesetzt[32]; nach dem B.G.B. mufs sie unverzüglich geschehen. Behufs der Verfolgung darf der Eigentümer auch fremde Grundstücke betreten und dort die erforderlichen Aneignungshandlungen vornehmen, mufs aber den entstehenden Schaden ersetzen[33]. Nach dem B.G.B. darf er, wenn der Schwarm in eine fremde unbesetzte Bienenwohnung eingezogen ist, zum Zwecke des Einfangens auch die Wohnung öffnen und die Waben herausbrechen, während ein Schwarm, der in eine besetzte Bienenwohnung einzieht, in das Eigentum dessen fällt, dem die darin wohnenden Bienen gehören[34]. Im übrigen entsteht, wenn sich ausgezogene Schwärme mehrerer

---

[30] L. Wisigoth. VIII, 6, 1; Ed. Rothar. c. 319; Westerwolder L.R. V § 12 (v. Richthofen S. 265); Ruprecht II c. 46; Grimm, W. II 642, III 764; Österr. W. I 72; nord. Quellen b. Grimm, R.A. II 138, Homeyer, Haus- und Hofmarken S. 328 ff.; vgl. oben Bd. I 729 Anm. 23.

[31] So schon L. Bajuv. XXII c. 8; Schwabensp. (L.) c. 365; Westerwolder L.R. V § 12 ff.; Witzmühlenrecht b. Grimm, R.A. II 137; Preufs. L.R. I, 9 § 124; Österr. Gb. § 384; Sächs. Gb. § 230; Zürch. Gb. § 203 (635); B.G.B. § 961. — Doch gibt es auch Quellen, nach denen, wie nach römischem Recht (§ 14 Inst. II, 1), das Eigentum schon verloren geht, wenn der Eigentümer den Schwarm aus dem Gesicht verliert; Ruprecht II c. 46, Purgoldt IV, 72; so auch Entw. I § 907, II § 877. — Andere Quellen lassen das Eigentum untergehn, wenn der Schwarm sich auf fremdem Boden niederläfst; Sächs. Weichb. a. a. O.; Glogauer Rechtsb. 428; Haubold § 362 Anm. a; Heimbach § 316 Anm. 6.

[32] Drei Tage nach Schwabensp. c. 365, Zürch. Gb. § 100 (523); zwei Tage nach Österr. Gb. § 384, Sächs. Gb. § 230.

[33] So schon nach den älteren Quellen, die aber zum Teil die Zuziehung des Grundeigentümers fordern und genau vorschreiben, welche Aneignungshandlungen zulässig sind; L. Bajuv. XXII c. 8, Schwabensp. c 365, Westerwolder L.R. V § 15 ff., Grimm, W. III 315, VI 145 § 24, 155 § 11, Österr. W. I 30 Z. 1 ff., 42 Z. 25 ff., 72 Z. 30 ff., 177 Z. 3 ff. — Vgl. Preufs. L.R. I, 9 § 122—123; Bad. L.R. Art. 564 a; Österr. Gb. § 384; Sächs. Gb. § 230; BG.B. § 962.

[34] B.G.B. § 962 u. 964. Wer das Eigentum oder ein anderes Recht an dem in die besetzte Bienenwohnung eingezogenen Schwarm (Raubbienen) verliert, hat nicht (wie in anderen Fällen der Vermischung nach § 951) einen Bereicherungsanspruch.

Digitized by Google

Eigentümer vereinigen, Miteigentum der verfolgenden Eigentümer am eingefangenen Gesamtschwarm nach Verhältnis der Zahl der verfolgten Schwärme[35].

Die Aneignung herrenloser Bienenschwärme stand ursprünglich Jedermann frei[36], wurde aber später vielfach zugunsten des Grundbesitzers oder Grundherrn eingeschränkt[37]. In neuerer Zeit drang meist ein ausschliefsliches Aneignungsrecht des Grundeigentümers an den auf seinem Grundstück befindlichen herrenlosen Schwärmen durch[38]. Das B.G.B. kehrt zur Aneignungsfreiheit zurück[39].

IV. Fundrecht. Seit alter Zeit hat das deutsche Recht in Ansehung verlorener Sachen ein besonderes Fundrecht ausgebildet, das sich in seinen Grundzügen dem römischen Recht gegenüber erhielt und auch den eingehenden Vorschriften des B.G.B. zugrunde liegt[40].

---

[35] B.G.B. § 963. Nicht verfolgte Schwärme, die dazu gehören, wachsen anteilsweise an.

[36] So nach den in Anm. 30 angeführten Stellen (ausgenommen nach Ed. Rothar. c. 319 in gahagio Regis).

[37] Sehr oft sollen der Finder und der Grundbesitzer teilen; Ruprecht II. 46, Grimm, W. III 683 § 13, VI 145 § 25, Österr. W. I 30 Z. 7 ff., 42 Z. 30 ff., 72 Z. 40 ff., nordische Quellen b. Homeyer a. a. O. S. 328. Anderswo teilen der Finder und der Grundherr; Grimm, W. I 404, 777, 815, II 11, 45, 55, 72, 101, 265, 272, III 764, IV 743, V 698 § 10. Manchmal ist das Aneignungsrecht ganz dem Grundherrn vorbehalten; Grimm, W. II 258, 293, 300, 304, 319, III 864, V 494 § 8, VI 759 § 1—2. Frei bleibt gewöhnlich die Aneignung auf Allmendboden; Grimm, W. II 788 ff., Österr. W. I 30 Z. 11 ff., 42 Z. 31 ff., 177 Z. 9 ff.

[38] Vgl. schon Sächs. Weichb. a. a. O. und Purgoldt IV, 71; Jüt. Low b. Grimm, R.A. II 138; Preuß. L.R. I, 9 § 124—125; Österr. Gb. § 384; Französ. Ges. b. Zachariae-Crome I § 200 Nr. 7.

[39] Die nach Landesrecht bestehenden ausschließlichen Aneignungsrechte fallen weg; der Eigentümer kann aber natürlich das Betreten seines Grundstückes behufs Einfangens eines Schwarmes untersagen.

[40] Delbrück, Jahrb. f. D. III 1 ff.; Schütze, Arch. f. prakt. Rechtsw., N. F. II 155 ff., 292 ff., 344 ff.; Gimmerthal, Arch. f. c. Pr. LII 521 ff.; Ries, De inventione rerum casu amissarum, Berolini 1869; Roth, D.P.R. III § 245 II; Stobbe-Lehmann II § 131 I. — Laband, Vermögensr. Kl. S. 73 ff., 75 ff., 130 ff.; H. Meyer, Entwerung S. 154 ff. — Preuß. L.R. I, 9 § 19 ff.; Preuß. Ausf.Ges. zur C.Pr.O. v. 24. März 1879 § 2; Reglement des Ministers des Innern v. 21. April 1882; Dernburg I § 232; Förster-Eccius § 175 I; Wandersleben b. Gruchot XXV 872 ff. — Code civ. Art. 717; Zachariae-Crome I 560 ff. — Bad. L.R. Art. 717 a. — Österr. Gb. § 388 ff.; Pfersche, Sachenrecht I § 37; Krainz I § 217. — Bayr. L.R. II, 3 § 5; Bayr. V. v. 22. Nov. 1815; Bayr. Entw. Art. 121 ff. — Sächs. Gb. § 239 ff. — Sachsen-Koburg. Ges. v. 29. Mai 1834. — Curtius § 519. — Heimbach I § 182. — Bremer Ges. v. 7. Febr. 1873. — Dröge, Magaz. f.

Digitized by Google

1. Finden. Den Gegenstand des Findens bilden verlorene Sachen. Verloren ist eine besitzfreie Sache, die vorher in Jemandes Besitz gewesen war und durch den Besitzverlust nicht herrenlos geworden ist[41]. Finder ist, wer eine solche Sache bemerkt und an sich nimmt[42]. Das Finden ist kein Rechtsgeschäft und setzt daher Geschäftsfähigkeit nicht voraus. Es begründet für den Finder Pflichten und Rechte und schafft die Möglichkeit einer sachenrechtlichen Veränderung. Kein Finder ist, wer eine nicht verlorene Sache als verloren in Besitz nimmt; er wird jedoch unter Umständen die Finderpflichten erfüllen müssen und Finderrechte ausüben können[43].

2. Pflichten des Finders. Der Finder belastet sich durch die Besitznahme mit Pflichten, bei deren Erfüllung er jedoch

---

Hannov. R. VI 42 ff. — Reyscher, Württ. P.R. § 288; Lang, Württ. Sachenr. § 33. — Zürch. Gb. § 196 ff. (626 ff.); Berner Art. 415 ff.; Huber III 157 ff. — B.G.B. § 965 ff. nebst Komm.; Dernburg, B.R. III § 116, Endemann II § 87, Cosack II § 206, Buhl § 10, Brückmann, Arch. f. b. R. XXIIII 322 ff.

[41] Hauptfall ist der unfreiwillige Besitzverlust des letzten Besitzers, soweit er nicht ausnahmsweise die Sache herrenlos macht (oben § 131 Anm. 30—32). Gleichgültig ist, ob der letzte Besitzer der Eigentümer oder ein anderer Besitzberechtigter oder ein unbefugter Besitzer (z. B. der Dieb) war. Aber auch eine vom letzten Besitzer freiwillig aus dem Besitz gelassene Sache ist verloren, wenn sie im Eigentum geblieben ist; so z. B. die vom Geschäftsunfähigen oder vom Nichteigentümer (z. B. vom Verwahrer oder vom Diebe) weggeworfene Sache; vgl. Planck zu § 965 Bem. 1, Biermann Bem. 1. Unrichtig meinen Fischer, Anm. 1 zu § 965, u. Buhl § 10 S. 53, Besitzverlust sei nicht erforderlich; vgl. dagegen Biermann a. a. O., O.L.G. Hamb. b. Seuff. LIX Nr. 35. Brückmann a. a. O. will den Begriff der verlorenen Sache überhaupt vom Besitzesbegriff loslösen. Dies ist verfehlt. Es kommt nur darauf an, den Besitzesbegriff richtig zu fassen. — Das ältere deutsche Recht hat zum Teil besondere Bestimmungen für zugelaufenes Vieh und für Sachen, die Dieben oder Räubern abgejagt sind; Sachsensp. II Art. 37 § 2.

[42] Die bloſse Wahrnehmung macht nicht zum Finder; wer dem ersten Entdecker mit der Besitzergreifung zuvorkommt, ist Finder. Bloſse vorläufige Besitzergreifung macht noch nicht zum Finder; wer die Sache in die Hand genommen, aber wieder in die gleiche besitzfreie Lage, in der er sie antraf, zurückversetzt hat, ist nicht Finder geworden.

[43] Wer eine in fremdem Besitz befindliche Sache, z. B. ein bloſs weggelegtes Buch oder ein weidendes Tier oder eine vom Diebe versteckte Sache, als verloren an sich nimmt, muſs, um nicht auch bei entschuldbarem Irrtum haftbar zu werden, mindestens die Finderpflichten erfüllen; Finderlohn kann er nicht fordern, und Eigentum wird er erst durch Ersitzung erwerben. Wer eine in Wahrheit herrenlose Sache, z. B. einen verstoſsenen Hund, in Besitz nimmt, erwirbt daran Eigentum, auch wenn er den vermeintlichen Fund verheimlicht; verfährt er wie ein redlicher Finder, so kann der Schein seines

Digitized by Google

nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat[44]. Das gesetzliche Schuldverhältnis, in das er eintritt, besteht gegenüber Jedem, der aus früherem Besitz oder gegenwärtigem Recht einen Anspruch auf Herausgabe der Sache hat, somit gegen den Verlierer, den Eigentümer und jeden anderen Besitzberechtigten. Sind mehrere solche „Empfangsberechtigte" vorhanden, so erscheinen sie als Gesamtgläubiger. Der Finder hat zunächst den Fund unverzüglich anzuzeigen. Die Anzeige hat er einem Empfangsberechtigten zu erstatten[45]. Ist ihm aber ein solcher nicht bekannt, so mufs er eine gehörige Anzeige an die Polizeibehörde richten[46]. Nur bei einem Kleinfunde, dessen Wert drei Mark nicht übersteigt, darf die Anzeige an die Polizei unterbleiben[47]. Der Finder ist ferner zur Verwahrung der Sache verpflichtet; ist die Verwahrung untunlich oder unverhältnismäfsig kostspielig, so mufs er die Sache nach vorgängiger Anzeige an die Polizeibehörde öffentlich versteigern lassen und den Erlös, der an Stelle der Sache tritt, verwahren[48]. Von jeder Fürsorge für die Sache oder deren Erlös kann er sich durch Ablieferung an die Polizeibehörde befreien; zu solcher Ablieferung aber ist er auf

später nach Fundrecht eintretenden Eigentumserwerbes nichts daran ändern, dafs er schon vorher Eigentümer war. — Umgekehrt erwirbt, wer in entschuldbarem Irrtum eine verlorene Sache als herrenlos in Besitz nimmt, erst durch Ersitzung Eigentum, bleibt aber haftfrei, wenn er die Pflichten des Finders nicht erfüllt.

[44] B.G.B. § 968. Geschäftsunfähige und in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Finder haften nur nach § 682.

[45] B.G.B. § 965 Abs. 1. An welchen, steht in seiner Wahl. Ermittlungen braucht er nicht anzustellen. — Über die Empfangsberechtigung des Adressaten eines verlorenen Briefcouverts mit Geldinhalt vgl. Seuff. LIX Nr. 104.

[46] B.G.B. § 965 Abs. 2. Die Verpflichtung zur Anzeige an die Obrigkeit findet sich schon in den Volksrechten; Ed. Rothar. c. 260 u. 343, L. Wisigoth. VIII, 5 c 6. Ebenso in den späteren Quellen; Sachsensp. II Art. 37, Rechtsb. n. Dist. IV, 9 d. 5. Desgleichen in den neueren Gesetzbüchern; Preufs. L.R. I, 9 § 20 ff.; Österr. Gb. § 389.

[47] Diese Bestimmung des B.G.B. § 965 Abs. 2 S. 2 stammt aus dem Sächs. Gb. § 240. Vgl. auch Österr. Gb. § 389.

[48] B.G.B. § 966. Das bisherige Recht kennt eine so strenge Verpflichtung des Finders nicht und entlastet ihn bei erforderlicher Versilberung durch obrigkeitliche Mitwirkung. — Über die Frage, ob unter Umständen der Finder die Sache auch freihändig veräufsern, verbrauchen oder wegwerfen kann, vgl. einerseits Fischer Bem. 3, Matthiafs § 26, Dernburg § 116 V 4, andererseits Biermann Bem. 3, Planck Bem. 1, Endemann § 87 Anm. 4. Ein Recht, so zu handeln, hat der Finder niemals; er bleibt aber nach § 968 haftfrei, wenn die Umstände sein Verfahren entschuldigen.

Digitized by Google

Anordnung der Polizeibehörde auch verpflichtet[49]. Endlich hat er die Sache dem Empfangsberechtigten herauszugeben, wird jedoch, wenn er sie dem Verlierer herausgibt, jedem anderen Empfangsberechtigten gegenüber befreit[50].

3. Gegenansprüche des Finders. Der Finder kann vom Empfangsberechtigten Ersatz der gemachten Aufwendungen, die er für erforderlich halten durfte, fordern[51]. Er hat überdies Anspruch auf einen Finderlohn[52], dessen Betrag sich nach dem Werte der Sache abstuft[53]. Durch Verletzung der Anzeigepflicht oder Verheimlichung auf Nachfrage wird der Anspruch auf Finderlohn verwirkt[54]. Bei der Geltendmachung seiner Gegenansprüche ist der Finder auf die Mittel verwiesen, die dem mit der Vindikation verklagten Besitzer behufs Geltendmachung seiner Ersatzansprüche wegen Verwendungen zu Gebote stehen[55].

4. Eigentumserwerb. Nach älterem deutschen Recht wurde durch öffentliches Aufgebot der Eigentümer der gefundenen Sache und jeder sonstige Berechtigte zur Anmeldung seiner Ansprüche aufgefordert und ging ihrer durch Verschweigung verlustig, wenn er sich nicht rechtzeitig meldete[56]. Die Sache fiel

---

[49] B.G.B. § 967. Das Ablieferungsrecht bestand schon bisher ziemlich allgemein, die Ablieferungspflicht nur vereinzelt.

[50] B.G.B. § 969. Er braucht also die Legitimation des Verlierers nicht zu prüfen. Wenn er aber weiß oder ohne grobes Verschulden wissen müßte, daß der Verlierer kein Recht auf den Besitz hat, wird er durch Herausgabe der Sache an ihn nicht entlastet.

[51] B.G.B. § 970. Ebenso im älteren Deut. R.; H. Meyer, Entwerung S. 161 ff.

[52] Der Finderlohn begegnet erst im späteren Mittelalter, wurde dann aber allgemein üblich; Delbrück a. a. O. S. 12 u. 34; Stobbe-Lehmann § 131 Anm. 7 u. 13; H. Meyer S. 162 ff.; Preuß. L.R. I, 9 § 62 ff.; Österr. Gb. § 391; Sächs. Gb. § 242; Bern. Gb. § 421. Im gemeinen Sachsenrecht erhielt sich die Regel des Sachsensp. II Art. 37 § 2, wonach der Finder einer Sache, die Dieben oder Räubern abgejagt ist, nur dann, wenn der Berechtigte in ein anderes Gericht gehört, Fundlohn (ein Drittel des Werts) fordern kann; Haubold § 182, Heimbach § 182, Roth, D.P.R. III 226 Anm. 35.

[53] Nach B.G.B. § 971 fünf v. H. bis zu 300 Mark, eins v. H. vom Mehrwert; bei Tieren überhaupt nur eins v. H.; bei bloß subjektivem Wert nach billigem Ermessen.

[54] B.G.B. § 971 Abs. 2. Dies ist altes Recht.

[55] B.G.B. § 972. Er kann somit nichts fordern, wenn die Sache untergegangen ist oder der Empfangsberechtigte die Sache nicht wieder haben will.

[56] Ed. Rothar. c. 343; Sachsensp. II Art. 37 § 1 u. 3; Dortmunder Schiedsspr. v. 1240 b. Frensdorff S. 191; Kulm. R. b. Lemann S. 174. Die Verschweigungsfrist war hier oft auf 6 Wochen verkürzt; oben Bd. I 311

Digitized by Google

dann nach dem in vielen Quellen erhaltenen, anscheinend ursprünglichen Recht an den König, den Gerichts- oder Grundherrn, die Gemeinde oder die Kirche[57], nach anderen Quellen zum Teil an die Obrigkeit und zum Teil an den Finder[58], nach manchen Quellen ganz an den Finder[59].

Im neueren deutschen Rechte wurde an dem Erfordernisse einer öffentlichen Aufforderung der Berechtigten zur Anmeldung ihrer Ansprüche durchweg festgehalten, sei es nun, dafs ein förmliches gerichtliches Aufgebotsverfahren vorgeschrieben wurde[60], sei es, dafs man sich mit einer gerichtlichen oder polizeilichen Bekanntmachung oder auch mit einer öffentlichen Bekanntmachung durch den Finder begnügte[61]. Die Anwartschaft auf den Eigentumserwerb aber wurde regelmäfsig ausschliefslich dem Finder eingeräumt[62]. Doch wurde in einer Reihe von Gesetzen als Folge der Verschweigung zunächst nur die Verwandlung der Fundinhabung in Ersitzungsbesitz anerkannt[63]. Anderswo blieb der

Anm. 14. — Unerweislich ist die Annahme von H. Meyer S. 156 ff., das Aufgebot habe ursprünglich nur zur Abwendung des Diebstahlsverdachts gedient.

[57] So Schwabensp. (L.) 347; Dortm. Schiedsspr. v. 1240 a. a. O.; Bremer Stat. v. 1303 ord. 118; viele ländliche Weist., z. B. b. Grimm II 29 § 1, V 153 § 47, VI 450 § 8, 683 § 8; Delbrück a. a. O. S. 10, Ries a. a. O. S. 83 ff., Stobbe-Lehmann § 131 Anm. 10, Huber IV 739, H. Meyer S. 160 ff.

[58] So nach Sachsensp. II Art. 37 § 3 ein Drittel an den Finder, zwei Drittel an den Richter; nach Lüb. R. (Hach) I 86, II 80, III 33 je ein Drittel an den Finder, den Richter und die Stadt; weitere Beispiele bei Laband a. a. O. S. 75 Anm. 9, H. Meyer S. 164 ff.

[59] Vgl. z. B. Westerwolder Landr. V § 10; Grimm, W. V 698; für geringwertige Sachen ib. II 29, 47, 48. H. Meyer S. 164 ff.

[60] So in Preufsen durch A.L.R. I, 9 § 31 ff. u. A.G. z. C.Pr.O. § 23, Braunschweig, Koburg, Anhalt (Ges. v. 10. Mai 1879 § 18).

[61] Vgl. Sächs. Gb. § 239 ff.; Bad. L.R. Art. 717 a; Brem. Ges. v. 1873; Österr. Gb. § 390; Schweiz. Ges. b. Huber III 158 ff. Ebenso die gemeinrechtliche Praxis.

[62] Doch erhielt sich im gemeinen Sachsenrecht die Regel des Sachsenspiegels (oben Anm. 58); Haubold § 182, Paulsen § 42, Roth § 245 Anm. 45. Nach Preufs. L.R. I, 9 § 44 ff. gebührt, wenn die Fundsache mehr als 100 Taler wert ist, die Hälfte des Mehrwerts der Ortsarmenkasse. Vgl. auch Anhalt Ges. § 18. — Aufserdem lassen manche Gesetze den Staat oder die Gemeinde an Stelle des Finders treten, wenn dieser sein Recht durch Nichtanzeige usw. verwirkt; Bayr. V. v. 1815, Braunschw. V. v. 1824, Sächs. Gb. § 243, Brem. Ges. v. 1873; altes Zürch. Gb. § 630.

[63] Bayr. L.R. II, 3 c. 5 u. V. v. 1815; Österr. Gb. § 392; Code civ. Art. 2279; Bad. L.R. Art. 716 a; Bern. Gb. Art. 420—421; unter Umständen auch altes Zürch. Gb. § 629.

Digitized by Google

deutschen Rechtsanschauung gemäfs an den Ablauf der Verschweigungsfrist der endgültige Eigentumserwerb des Finders geknüpft[64]. Nach manchen Gesetzen wurde der Eigentumserwerb durch ein gerichtliches Zuschlagserkenntnis vermittelt[65], das aber in Preufsen seit 1879 wieder wegfiel[66].

Nach dem neuen bürgerlichen Rechte tritt die dingliche Rechtsänderung unmittelbar durch den Ablauf einer einjährigen Frist ein, die beim Wertfunde durch die Anzeige bei der Polizeibehörde, beim Kleinfunde schon durch den Fund selbst in Lauf gesetzt wird. Mit diesem Augenblicke erwirbt der Finder das Eigentum, während alle an der Sache bestehenden dinglichen Rechte erlöschen. Der Eigentumserwerb ist nur in jedem Falle ausgeschlossen, wenn dem Finder vorher ein Empfangsberechtigter bekannt wird, und unterbleibt überdies beim Wertfunde, wenn vorher ein Empfangsberechtigter sein Recht bei der Polizeibehörde anmeldet, beim Kleinfunde, wenn der Finder den Fund auf Nachfrage verheimlicht[67]. Somit vollzieht sich der Rechtsverlust unabhängig von jeder öffentlichen Kundmachung[68]; als rechtliche Grundlage der Verschweigung erscheint lediglich das Kundwerden bei der Polizei und bei Kleinfunden sogar nur der nicht verheimlichte fremde Fundbesitz. Gleichzeitig aber erwirbt der Finder auf Grund seiner ursprünglichen Besitznahme das Eigentum, ohne

---

[64] So im gemeinen Sachsenrecht, sowie nach Braunschw. V. v. 1824, Kob. Ges. v. 1834 u. Sächs. Gb. § 239; ebenso nach Brem. Ges. § 2 (nach dem jedoch, wenn die Sache an die Polizei abgeliefert war, die Aushändigung an den Finder hinzutreten mufs); desgleichen regelmäfsig nach Zürch. Gb. § 629. — Gleiches ist für das gemeine Recht anzunehmen; Delbrück a. a. O. S. 36 ff., Lehmann b. Stobbe § 131 Anm. 19. Nach der Ansicht Mancher erlangt der Finder nur Usukapionsbesitz; Gimmerthal a. a. O. S. 528 ff., Ries a. a. O. S. 103 ff. Die Meisten leugnen auch dies und behaupten Geltung des römischen Rechts; so Stobbe § 149 Anm. 20 a, Roth III 224.

[65] Preufs. L.R. I, 9 § 49, Braunschw. V. v. 1824, Koburg. Ges. v. 1834.

[66] Preufs. A.G. z. C.Pr.O. § 23. Hiernach ergeht nur ein Ausschlufsurteil. Man mufs aber annehmen, dafs der Finder gleichzeitig unmittelbar das Eigentum erwirbt; Eccius III § 175 Anm. 21, Roth III § 245 Anm. 43. A. M. Dernburg, Preufs. P.R. I 560.

[67] B.G.B. § 973.

[68] Durch Landesrecht wird jedoch für rechtzeitige und gehörige Bekanntmachung der bei der Polizei angemeldeten Funde gesorgt; vgl. z. B. Preufs. Dienstanweisung v. 27. Okt. 1899 § 6 a, Sächs. A.V. z. B.G.B. § 24 ff., Altenb. A.V. z. B.G.B. § 15 ff., A.G. z. B.G.B. f. Schaumb.-Lippe § 17 ff., Sondersh. Art. 34, Rudolst. Art. 59 ff., Reufs ä. L. § 100 ff. Privatrechtliche Wirkungen aber darf das Landesgesetz an die Unterlassung nicht knüpfen.

Digitized by Google

dafs es einer neuen Besitzhandlung oder auch nur der Fortdauer seines Besitzes bedürfte[69]. Bereits vor Ablauf der einjährigen Frist treten Rechtsverlust und Rechtserwerb in gleicher Weise ein, wenn die Empfangsberechtigten sich auf gehörige Aufforderung und Fristsetzung des Finders nicht rechtzeitig bereit erklären, dessen Gegenansprüche zu befriedigen[70]. Das anwartschaftliche Recht des Finders zum Erwerbe des Eigentums ist vererblich und veräufserlich; verzichtet der Finder der Polizeibehörde gegenüber auf dieses Recht, so geht es kraft Gesetzes auf die Gemeinde des Fundortes über[71]. Auch das bereits erworbene Eigentum des Finders geht kraft Gesetzes auf die Gemeinde über, wenn der Finder nicht vor dem Ablaufe einer ihm von der Polizeibehörde bestimmten Frist die abgelieferte Sache oder ihren Erlös herausverlangt[72]. Die Neuregelung der dinglichen Rechtslage auf Grund des Finderrechts ist endgültig; doch behält, wer dadurch das Eigentum oder ein anderes Recht an der Sache verliert, noch drei Jahre lang einen persönlichen Bereicherungsanspruch gegen den Finder oder die an seine Stelle getretene Gemeinde[73].

5. Fund in öffentlichen Räumen. Ein Sonderrecht gilt

---

[69] Solange sich die Sache oder der statt ihrer abgelieferte oder durch spätere obrigkeitliche Versteigerung erzielte Erlös bei der Polizeibehörde befindet, ist der Finder mittelbarer Besitzer; die Polizeibehörde darf die Sache oder den Erlös nur mit seiner Zustimmung einem Empfangsberechtigten herausgeben. Der Eigentumserwerb des Finders wird aber überhaupt durch die Ablieferung an die Polizeibehörde nicht berührt, kommt daher auch zustande, wenn die Sache von dieser weggegeben oder ihr abhanden gekommen ist. B.G.B § 975. Ebenso wird, wenn der Finder die Sache in eigner Verwahrung behalten hat, sein Eigentumserwerb durch Besitzverlust vor Ablauf der einjährigen Frist nicht gehindert. Vgl. Dernburg, B.R. III § 116 VII, Biermann zu § 973. Unrichtig Kober Bem. 3d.

[70] B.G.B. § 974. Näheres bei Biermann Bem. 1—3. Der Rechtsverlust gründet sich hier auf die wirksame Androhung einer Verzichtsannahme, der Eigentumserwerb aber wiederum auf das Wirksamwerden der in der ursprünglichen Besitznahme enthaltenen bedingten Aneignungshandlung.

[71] B.G.B. § 976 Abs. 1. Die Gemeinde erwirbt dann das Eigentum ohne jede Besitzergreifung in dem Zeitpunkte, in dem es der Finder erworben haben würde. — In den Fällen, in denen der Finder sein Recht verwirkt hat, findet auch ein Eigentumserwerb der Gemeinde oder des Staates nicht statt; die oben Anm. 62 erwähnten gegenteiligen Bestimmungen fallen weg.

[72] B.G.B. § 976 Abs. 2 (Präjudiz der Annahme eines Verzichtes).

[73] B.G.B. § 977. Ebenso Brem. Ges. v. 1873 § 4. In Preußen wurde nach A.G. zur C.Pr.O § 23 Z. 5 im Ausschlußurteil dem unbekannten Verlierer oder Eigentümer der Anspruch auf Herausgabe des noch vorhandenen Vorteils vorbehalten. Vgl. auch Preufs. L.R. I, 9 § 56.

Digitized by Google

für den Fund in den Geschäftsräumen oder Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt. Der Finder erlangt hier kein Finderrecht, hat vielmehr die gefundene und in Besitz genommene Sache unverzüglich an ein Organ oder einen Angestellten der Behörde oder Anstalt abzuliefern; die Behörde oder Anstalt kann, wenn eine öffentliche Aufforderung der Empfangsberechtigten zur Anmeldung ihrer Rechte in gesetzter Frist erfolglos geblieben ist, die Sache öffentlich versteigern lassen; der Versteigerungserlös fällt mit Ablauf einer zweiten Frist von drei Jahren, wenn nicht vorher ein Empfangsberechtigter sein Recht angemeldet hat, in das Eigentum des hinter der Behörde oder Anstalt stehenden Rechtssubjektes (Reichs- oder Landesfiskus, Gemeinde, Privatperson)[74]. Die Vorschriften über Versteigerungsrecht und Verfall des Erlöses finden entsprechende Anwendung auf Sachen, deren Besitz eine öffentliche Behörde auf anderem Wege erlangt hat, falls sie aus einem nicht vertragsmäfsigen Grunde zur Herausgabe verpflichtet ist, jedoch den Empfangsberechtigten oder dessen Aufenthalt nicht kennt[75].

6. Fund gestrandeter Sachen[76]. Seitdem das alte

[74] B.G.B. § 978—982. Ist die Versteigerung ohne öffentliche Bekanntmachung erfolgt, was bei leicht verderblichen oder schwer aufbewahrbaren Sachen geschehen darf, oder handelt es sich um gefundenes Geld, so wird die dreijährige Frist erst durch eine öffentliche Aufforderung der Empfangsberechtigten zur Anmeldung ihrer Rechte in Lauf gesetzt. — Man wird annehmen müssen, dafs der Erlös hier wie nach § 966 a. E. und § 975 an Stelle der Sache tritt, somit bis zur endgültigen Verschweigung Eigentum des Verlierers bleibt; a. M. Biermann Bem. 2 zu § 981. Der Eigentumserwerb gründet sich auch hier auf eine bedingte Aneignungshandlung, zu der aber ausschliefslich der Herr des Fundraumes befugt ist. Gelangt er nicht in den Besitz oder unterläßt er die Versteigerung, so tritt eine Veränderung der dinglichen Rechtslage nur nach den gewöhnlichen Regeln des Sachenrechts ein.

[75] B.G.B. § 983. So bei Überführungsstücken in Strafsachen oder bei abgelieferten Fundsachen, deren Finder nicht mehr zu ermitteln ist. Vgl. auch den b. Seuff. LIX Nr. 35 entschiedenen Fall. — Beruht die Herausgabepflicht auf Vertrag, so können ähnliche Rechte vereinbart werden. Über die Behandlung unbestellbarer Postsendungen vgl. Reichspostges. § 26, Postordn. § 45—46. Über öffentlich hinterlegte Sachen vgl. E.G. Art. 145 u. Preufs. Hinterlegungs-O. v. 14. März 1879 § 58 ff.

[76] v. Brünneck, Das Recht auf Zueignung der von der See ausgeworfenen oder angespülten Meeresprodukte und das Bernsteinregal, Königsb. 1874, S. 1 ff. Brunner, Art. „Strandrecht“ in Holtzendorffs Rechtslexikon. Stobbe-Lehmann III § 131 III. Cosack, H.R. S. 766.

Digitized by Google

Strandrecht allmählich überwunden war[77], wurde der Fortbestand des bisherigen Eigentums an gestrandeten Sachen anerkannt und dem Berger nur ein Anspruch auf Bergelohn gewährt[78]. Demgemäfs wurde die Besitznahme an den durch Schiffsunglück dem Besitz des Eigentümers entzogenen Sachen, falls der Eigentümer nicht zur Stelle oder bekannt war, mehr und mehr als eine Art des Fundes behandelt[79]. Nur drang meist ein Strandregal durch, kraft dessen der Staat ein ausschliefsliches Aneignungsrecht an herrenlosem Strandgut behauptete[80]. An diese geschichtliche Entwicklung schliefst sich die reichsgesetzliche Regelung der Strandungsordnung an[81]. Die unbekannten Empfangsberechtigten werden durch öffentliches Aufgebot zur Anmeldung ihrer Rechte aufgefordert und erhalten im Falle rechtzeitiger Meldung das Gut gegen Bergelohn ausgehändigt. Meldet sich Niemand, so wird das eigentliche Strandgut, das die vom Strande aus in Seenot geborgenen und die als „Seeauswurf" oder „strandtriftiges" Gut auf den Strand gelangten Sachen umfafst, dem Landesfiskus überwiesen, während der Berger nur den Bergelohn empfängt. „Versunkene" Sachen dagegen, die vom Meeresgrunde heraufgeholt und „seetriftige" Güter, die von der See aus geborgen sind, werden dem Berger überwiesen. Mit der obrigkeitlichen Überweisung erwirbt beim Strandfunde der Staat, beim Seefunde der Berger das Eigentum. Der frühere Eigentümer behält jedoch gegen den Staat oder den Berger einen persönlichen Bereicherungsanspruch.

V. Schatzerwerb[82]. Als Schatz bezeichnet man eine Sache, die einstmals im Eigentum gestanden, jedoch so lange verborgen

---

[77] Vgl. oben Bd. I 447 Anm. 19; Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 43; Schröder, R.G. S. 533 ff.

[78] Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 46; Burchard, Bergung und Hülfsleistung in Seenoth, Hannover 1897.

[79] Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 47—48.

[80] v. Brünneck a. a. O. S. 2 ff.; Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 42 u. 48; Schröder, R.G. S. 534; Preufs. L.R. II, 15 § 86.

[81] R.Ges. v. 17. Mai 1874 § 20—35.

[82] Gimmerthal, Arch. f. c. Pr. LI 63 ff. Andree, Die Lehre vom Schatz, Berlin 1884. Roth, D.P.R. III § 245 III. Stobbe-Lehmann II § 131 II. Windscheid § 184. Dernburg, Pand. I § 206. Czyhlarz a. a. O. S. 207 ff. Dernburg, Preufs. P.R. I § 233. Förster-Eccius § 175. Zachariae-Crome § 185 Z. 4. Krainz I § 204. Huber III 163 ff. — Dernburg, B.R. III § 116. — Pappenheim, Eigentumserwerb an Altertumsfunden, Jahrb. f. D. XLV 141 ff.

Digitized by Google

gelegen hat, dafs infolge hiervon ein Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist[83]. Ein Schatz kann in der Erde vergraben oder in einem Bauwerke versteckt, möglicherweise aber auch in einer beweglichen Sache verborgen sein[84]. Das deutsche Recht behandelte gleich dem römischen den Schatz als eine besondere Art des herrenlosen Gutes, bildete aber ein Schatzregal aus, kraft dessen der Eigentumserwerb an allen oder gewissen Schätzen dem Könige und später dem Landes-, Gerichts- oder Grundherrn vorbehalten wurde[85]. Auch nach der Rezeption wahrten einzelne Landesrechte dem Fiskus ein Anrecht auf den Schatz[86] oder doch auf Beteiligung am Schatzerwerbe[87]. Meist aber drangen die als gemeines Recht aufgenommenen römischen Bestimmungen durch, nach denen der auf eignem Boden gefundene Schatz ganz dem

---

[83] Nach dem Wortlaut des § 984 B.G.B. fallen unter den Begriff weder Leichenreste noch Reste vorweltlicher Tiere, ja nicht einmal die den Toten beigegebenen Sachen. Doch ist die entsprechende Anwendung des § 984 auf alle „Altertumsfunde“ geboten. Vgl. Pappenheim a. a. O. S. 144 ff.

[84] Die meisten Gesetze sprechen nur von den in Grundstücken entdeckten Schätzen. Doch ist die Gleichstellung der in beweglichen Sachen verborgenen Schätze durchgedrungen; vgl. Sell, Versuche I 145 ff. Das B.G.B. § 984 hebt jeden Zweifel.

[85] Quellenbelege b. Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 26—29, Kraut, Grundr. § 77 Nr. 42—43, § 49 Nr. 2. Hierher gehört auch Sachsensp. I Art. 35 § 1: Al schat under der erden begraven deper den ein pluch ga, die hort to der koninglichen gewalt. Die schon von der Glosse aufgebrachte und neuerdings besonders von Arndt, Bergregal S. 96 ff., und Schröder, R.G. S. 540 Anm. 17, wieder verteidigte Deutung dieser Stelle auf Bergwerksschätze scheitert am Wortsinne; was Eike unter „Schatz“ versteht, lehrt die Praef. rythm. v. 155, 159, 165. Die Ausnahme zugunsten von Fundstücken, die der Pflug zu Tage fördert, ist nicht, wie Lehmann b. Stobbe Anm. 27 meint, „ziemlich widersinnig“, verstärkt vielmehr die Gründe für die richtige Auslegung. Vgl. jetzt bes. auch Zeumer, Der begrabene Schatz im Sachsensp. I, 35, Mitteil. des Inst. f. österr. Geschichtsforsch. XXII 420 ff.

[86] Ansbacher V. v. 1708 b. Arnold, Beiträge II 68 ff. (nur aus Gnade erhält der Finder etwas); Schwarzburg-Rudolst. R. b. Heimbach § 180 Anm. 7; Jütisch Low II 113, Paulsen § 50 Anm. 1, Pappenheim a. a. O. S. 152 ff.

[87] So nach Wormser Ref. VI, 2 t. 21 auf die Hälfte, wenn der Grundeigentümer selbst, ein Drittel, wenn ein Anderer findet. Nach Bayr. L.R. II, 3 c. 4 auf zwei Drittel. Nach Österr. Gb. § 399 auf ein Drittel (beseitigt durch Hofdekret v. 16. Juni 1846). — Nach Preufs. L.R. I, 9 § 85—88 erwirbt der Fiskus die Hälfte des Schatzes an Stelle des Finders, wenn dieser unbefugt auf fremdem Grund und Boden gesucht oder sein Recht durch strafbares Verhalten verwirkt hat. Ähnlich nach Österr. Gb. § 400, Berner Gb. Art. 424, Zürch. § 201 (633), Schaffhaus. § 581, Bündner § 194.

Digitized by Google

Grundeigentümer, der im fremden Grundstück gefundene Schatz, falls nur der Entdecker nicht absichtlich nach ihm gesucht oder verbotene Künste angewandt oder strafbar gehandelt hat, halb dem Entdecker und halb dem Grundeigentümer gebührt[88]. Das B.G.B. spricht, indem es die römische Regel ohne ihre Ausnahmen wiederholt, bei jedem Schatzfunde das Eigentum zur Hälfte dem Entdecker und zur Hälfte dem Eigentümer der bergenden Sache zu[89]. Manche Gesetze schreiben in ähnlicher Weise wie bei verlorenen Sachen eine Anzeige an die Obrigkeit und ein obrigkeitliches Ermittelungsverfahren behufs öffentlicher Feststellung der Herrenlosigkeit vor[90]. Das neue bürgerliche Recht kennt gleich dem bisherigen gemeinen Recht kein besonderes auf Feststellung der Herrenlosigkeit gerichtetes Verfahren. Das Eigentum am Schatze fällt kraft Gesetzes unmittelbar den Berechtigten an, mag auch nur einer von ihnen oder mag ein Dritter den Schatz gehoben haben[91]. Immer aber ist eine infolge der Entdeckung voll-

[88] Vgl. Nürnb. Ref. XXV, 1; Const. Saxon. II, 53; andere Partikularrechte b. Roth a. a. O. Anm. 59; Preuſs. L.R. I, 9 § 82—84; Code civ. Art. 716; Sächs. Gb. § 233; Zürch. Gb. § 200 (632), Glarner § 66, Bündner § 194, andere Schweiz. Gb. b. Huber III 163 ff. Ebenso Wormser Ref., Bayr. L.R. u. Österr. Gb. a. a. O. in bezug auf den nicht an den Fiskus fallenden Teil. — Die durch Schatzgräberei verwirkte Finderhälfte gebührt nach gem. R., Bayr. L.R. II, 3 c. 4 Nr. 2, Sächs. Gb. § 237 u. Französ. R. (Zachariae-Crome I 568) dem Grundeigentümer. Anders nach den in der vorigen Anm. am Schluſs angef. Gesetzen.

[89] B.G.B. § 984. Der Entdecker erwirbt also die Hälfte auch, wenn er gesucht oder strafbar gehandelt hat. Entdecker ist, wie nach bisherigem Recht (Preuſs. L.R. I, 9 § 83, Österr. Gb. § 401, Emminghaus S. 183 Nr. 27), auch der Arbeiter oder Dienstbote, der den Schatz zufällig bei seinen gewöhnlichen Verrichtungen findet. Nicht aber, wer von einem Anderen zum Suchen bestellt ist. — Der Schweiz. Entw. Art. 716 läſst den Schatz an den Eigentümer der bergenden Sache fallen und gibt dem Finder nur einen Anspruch auf billige Vergütung, die die Hälfte des Wertes nicht übersteigen soll.

[90] Vgl. Preuſs. L.R. I, 9 § 75—80, A.G. zur C.Pr.O. § 23 (Aufgebot nur noch auf Antrag); Österr. Gb. § 397; Zürch. Gb. § 199 (631), Schaffhaus. § 579, Bündner § 194, Berner Art. 422. Der Eigentumserwerb erfolgt hier zunächst nur bedingt.

[91] Dies ist durch das B.G.B. auſser Zweifel gestellt; K.Ger. Jahrb. XXIV A 245; unrichtig Kober Bem. 2 z. § 984. Es galt aber auch nach bisherigem gemeinen Recht (Gimmerthal a. a. O. S. 67, Dernburg, Krit. Zeitschr. I 148 ff., Pand. I § 233, Stobbe-Lehmann S. 607, Czyhlarz a. a. O. S. 229 ff., R.Ger. b. Seuff. LI Nr. 7) und nach preuſs. R. (Dernburg, Preuſs. P.R. I 562, O.Trib. Entsch. LIV Nr. 33, R.Ger. in Str.S. I Nr. 7) und gilt nach französ. R. (Aubry et Rau § 201 Anm. 30—31) u. österr. R. (Krainz § 204 Anm. 4). — Eine andere Meinung forderte Okkupation durch den Entdecker,

zogene Besitznahme erforderlich, damit der Eigentumserwerb zustande komme[92]. Durch die Entdeckung wird also nur ein ausschliefsliches Aneignungsrecht am Schatze begründet, dessen Überführung in Eigentum durch Besitzergreifung vermittelt wird; dieses Aneignungsrecht aber ergreift die Sache dergestalt, dafs nicht nur jeder der Mitberechtigten dem anderen, sondern auch jeder Dritte den Berechtigten notwendig und selbst unfreiwillig durch Besitznahme das Eigentum verschafft[93]. Der Schatzerwerb durch Entdecker und Eigentümer ist auch unter der Herrschaft des B G.B. insoweit ausgeschlossen, als nach Landesrecht ein Schatzregal besteht[94]. Aufserdem kann das Landesrecht unter dem Gesichtspunkt der Enteignung dem Staate ein Erwerbsrecht einräumen und somit namentlich ein durch Anzeigepflicht gesichertes staatliches Vorrecht auf den Erwerb von geschichtlich oder künstlerisch wertvollen Altertumsfunden gegen Vergütung begründen[95].

---

liefs aber mit ihr zugleich den Miteigentumserwerb des Eigentümers eintreten; Brinz, Pand. 2. Aufl. § 148, Arndts § 154, Roth, D.P.R. § 245 Anm. 70–71; Sächs. Gb. § 233; Entw. I § 928. Früher wurde auch die Ansicht verfochten, dafs durch Hebung des Schatzes der Finder Alleineigentümer werde und dem Grundeigentümer nur ein Forderungsrecht auf die Hälfte zustehe; Puchta, Pand. § 154, Seuffert, Pand. § 130.

[92] Unrichtig Meisner Bem. 2 zu § 984. Dafs der erworbene Besitz, wie Dernburg § 117 Anm. 7 verlangt, Eigenbesitz sei, ist nicht erforderlich. Vgl. Biermann Bem. 2, Planck Bem. 2, Endemann § 88, Cosack § 206 a, Pappenheim S. 148 ff.

[93] Der Schatzerwerb ist also eine eigentümliche Erwerbsart an einer herrenlosen Sache und darf nicht als eine Unterart des Funderwerbes behandelt werden; Pappenheim S. 143. Ungerechtfertigt ist es vom Standpunkte des deutschen Rechtes aus, wenn Dernburg, B.R. III § 117 Z. 4, den Gesichtspunkt der „Aneignung“ einer herrenlosen Sache ganz ablehnt. Unrichtig auch Landsberg S. 665.

[94] Gemäfs E.G. Art. 73 (oben § 124 Anm. 15). Daher besteht das Schatzregal in Schleswig und in Schwarzb.-Rudolst. (oben Anm. 86) fort; Pappenheim a. a. O. S. 152 ff., Verh. des XXVII. Deut. Juristent. II 13 Anm. 25. — Über das Schatzregal in Dänemark und in England vgl. Pappenheim ib. S. 11 ff.

[95] So Kurhess. V. v. 1810, Württ. v. 1820, vgl. Motive zum Entw. I des B.G.B. III 391. Die allgemeine Einführung eines derartigen Vorrechts nach dem Vorbild von Schweden befürwortet Pappenheim, Verh. des Deut. Juristent. a. a. O. S. 18 ff. In manchen Ländern fallen Altertumsfunde unmittelbar in das Eigentum des Staats, der nur eine billige Vergütung schuldet; Pappenheim a. a. O. S. 14 ff. Dies will auch der Schweiz. Entw. Art. 717 bestimmen. Anderswo hat der Staat daran ein gesetzliches Vorkaufsrecht; Pappenheim a. a. O. S. 17. — Das Hess. Denkmalschutzges. v. 19. Juli 1902 legt dem Finder eine Anzeigepflicht und die Verpflichtung zur Befolgung von

Digitized by Google

VI. Beute. Das deutsche Recht des Mittelalters erkannte die Erbeutung von Fahrnis in rechter Fehde oder in rechtem Kriege als Eigentumserwerbsgrund an[96]. Auch nach den neuen Gesetzbüchern wird in den Fällen, in denen das Beutemachen im Kriege zugelassen ist[97], durch Besitznahme an Sachen des Feindes Eigentum erworben[98]. Doch hat das moderne Völkerrecht die Grenzen des Beuterechts immer enger gezogen[99]. Soweit das Beuterecht fortbesteht, wird auch künftig durch Erbeutung Eigentum begründet[100]. Ihrem rechtlichen Wesen nach ist die Erbeutung eine Form der Aneignung. Sie kann aber nicht mehr, wie ehemals, aus der Behandlung der Sachen des Feindes als herrenloser Sachen erklärt werden, sondern beruht auf einem kriegsrechtlichen Aneignungsrecht an fremden Sachen.

§ 133. Übereignung von Fahrnis.

I. Geschichte. Die Übertragung des Eigentums an einzelnen Fahrnisstücken erfolgte nach älterem deutschen Recht durch

---

Anordnungen über Verwahrung, Sicherung und Behandlung auf (Art. 26); auch schreibt es vorherige Anzeige vorzunehmender Ausgrabungen, bei denen dann die behördlichen Anordnungen zu befolgen sind, vor (Art. 25); einen durch die Befolgung der Anordnungen verursachten Schaden hat der Staat zu ersetzen (Art. 28).

[96] Magdeb. Schöffenspr. b. Wasserschleben S. 404 c. 49; Braunschw. Stadtr. Art. 96; Brünner Schöffenb. c. 95; Lüb. R. b. Hach III 334, revid. IV, 1 § 10; Laband a. a. O. S. 76 ff.; Stobbe-Lehmann § 110 Z. 3; Schröder, R.G. S. 711; H. Meyer, Entwerung S. 47, 93.

[97] Vgl. Preuſs. L.R. I, 9 § 193 ff., wonach das Beuterecht Ausfluſs staatlicher Genehmigung ist und regelmäſsig nur die im Besitz der zur feindlichen Kriegsmacht gehörigen Personen befindlichen Sachen ergreift, durch Gestattung des Befehlshabers aber auch auf das Eigentum anderer feindlicher Untertanen erstreckt werden kann. — Das Österr. Gb. § 402 verweist auf die Kriegsgesetze.

[98] Bayr. L.R. II c. 3 § 6; Preuſs. L.R. I, 9 § 194 mit § 201; Sächs. Gb. § 232. Die feindliche Erbeutung von Sachen Einheimischer wird vom Preuſs. L.R. § 199—200 nicht als Eigentumserwerbsgrund anerkannt; vgl. Decis. El. Saxon. v. 1661 Nr. 90. Roth, D.P.R. III 333; Stobbe a. a. O.; Dernburg, Preuſs. P.R. I § 231 Z. 4; Zachariae-Crome I § 185 Z. 1.

[99] Heffter, Völkerrecht § 130, 135 ff.; Bluntschli, Das Beuterecht im Kriege und das Seebeuterecht im besonderen, 1878; Lueder in Holtzendorffs Handb. des Völkerrechts IV § 115; hinsichtlich der Seebeute Pariser Deklaration v. 16. April 1856 nebst Preuſs. Prisen-Reglement v. 20. Juni 1864 u. Erlaſs v. 19. Mai 1866.

[100] Das B.G.B. schweigt; die Erbeutung bleibt aber als Erwerbsgrund von Privateigentum kraft öffentlichen Rechts wirksam.

Digitized by Google

Übertragung leiblicher Gewere mit Übereignungswillen. Der noch so förmlich geschlossene Veräufserungsvertrag gab nur einen Anspruch auf Eigentumserwerb, nicht das Eigentum[1]. Erforderlich war eine sinnfällige Veränderung der Herrschaftslage. Darum blieb die Übereignung durch Besitzauftragung dem Fahrnisrechte fremd, während sich die Zeichnung der Sache durch den Erwerber als ausreichende Ersichtlichmachung des Herrschaftswechsels behandeln liefs.

Die Aufnahme des römischen Rechts brachte hier insofern keinen grundsätzlichen Wandel, als bei beweglichen wie unbeweglichen Sachen der Eigentumsübergang nun an Tradition auf Grund eines gültigen Titels geknüpft wurde. Allein gerade für die Übereignung gewannen auch im Fahrnisrechte die neben der leiblichen Übergabe als wirksam anerkannten Formen der Tradition durch Wort oder Zeichen wachsende Bedeutung, so dafs die gemeinrechtliche Lehre zeitweise nahe daran war, das Erfordernis der Tradition völlig zu verflüchtigen[2]. Doch wurde nur im französischen Recht die Tradition endgültig abgestofsen und die Übereignungskraft in den blofsen Veräufserungsvertrag verlegt[3]. In Deutschland hielten sowohl das gemeine Recht wie die Gesetzbücher bei allen Zugeständnissen an das System der traditio ficta grundsätzlich am Traditionserfordernisse fest[4]. Und während ver-

---

[1] A. M. Sohm, Verlobung und Eheschließung S. 80 ff., Trauung und Verlobung S. 13; Cosack, Lehrbuch II 179; Kohler, Arch. f. b. R. XVIII 64. Vgl. aber Stobbe II § 148 Anm. 8 u. III § 175 Anm. 11 (b. Lehmann § 108 u. § 233). — Nicht in Widerspruch hiermit stehen die Quellenstellen, die bei einem Doppelverkauf dem ersten Käufer den Vorrang einräumen, wie Hamb. Stadtr. v. 1270 I, 7 (1292 C III, 1497 G III), Wiener Stadtr. Art. 65). Sie scheinen nur von Fällen zu reden, in denen noch keine Übergabe erfolgt ist. Die Strafdrohungen für Doppelverkauf setzen zum Teil ausdrücklich voraus, daß der zweite Käufer durch Übergabe Eigentum erworben hat; R. Löning, Vertragsbruch S. 389 ff., Sickel, Vertragsbruch S. 82 Anm. 332. Wo aber der erste Käufer die Sache dem zweiten Käufer abfordern kann, macht er nicht den Eigentumsanspruch, sondern einen dinglich wirksamen persönlichen Anspruch auf Übereignung geltend; so namentlich auch im nord. R. nach v. Amira, O.R. I 554 ff.; vgl. unten § 140 Anm. 2.

[2] Vgl. oben § 115 S. 231.

[3] Code civ. Art. 711, 938, 1138, 1583, 1703. Vgl. Zachariae-Crome § 120 (über die Einschränkungen § 122); Kohler, Jahrb. f. D. XVII 320 ff., Arch. f. b. R. XVIII 13 ff.

[4] Preufs. Landr. v. 1620 B. III T. 1 Art. 12 (dazu Biermann, Traditio ficta S. 322 ff.); Bayr. L.R. II c. 3 § 7; Preufs. A.L.R. I, 9 § 6, I 10 § 1;

Digitized by Google

einzelt in Partikularrechten die strengeren Grundsätze des deutschen Fahrnisrechtes erhalten blieben[5], drang in neuerer Zeit allgemein das Bestreben durch, zum mindesten die Fälle, in denen Tradition ohne sinnfällige Verschiebung der Herrschaftslage anzunehmen sei, bestimmt zu begrenzen.

Das B.G.B. fordert zur Übertragung des Fahrniseigentums grundsätzlich Willenseinigung und Übergabe, kennt aber Ersatzmittel für die Übergabe, bei denen zum Teil ein Besitzwechsel überhaupt nicht stattzufinden braucht[6].

II. Willenseinigung. Unerläfslich für die Übertragung des Eigentums ist eine auf den Übergang des Eigentums gerichtete Willenseinigung zwischen dem Veräufserer und dem Erwerber. Diese Willenseinigung ist ein Vertrag und unterliegt daher den allgemeinen Vorschriften über Verträge[7]. An eine Form ist sie nicht gebunden, kann daher auch stillschweigend zustande kommen.

Inhaltlich ist die Willenseinigung ein dinglicher Vertrag, der von dem obligationenrechtlichen Veräufserungsvertrage begrifflich gelöst und juristisch unabhängig ist. Der Übereignungsvertrag ist daher an sich abstrakt; die nackte Übereinstimmung über den Eigentumswechsel genügt zur Herbeiführung des sachenrechtlichen Erfolges, mag auch ein Rechtsgrund fehlen oder der vorausgesetzte Rechtsgrund hinfällig sein oder von jedem Teil ein anderer Rechtsgrund angenommen werden[8]. Allein da der Fahrnisübereignungs-

---

Österr. Gb. § 425—426; Sächs. Gb. § 253; Schweiz. O.R. § 199. Vgl. Bayr. Entw. III Art. 93, Hess. Entw. II, 3 Art. 53.

[5] Insbesondere der Ausschluſs der Übereignung durch constitutum possessorium. Vgl. Freiburger Stadtr. v. 1520 Tr. II t. 7; Voet, Comm. ad Pand. V l. 41, 2 Nr. 14; Biermann S. 326. Aus neuerer Zeit Bremer V. v. 25. Aug. 1848 § 2—4 (abgeändert durch Ges. v. 19. Jan. 1886); Oldenb. Ges. v. 3. April 1876 Art. 32; Braunschw. Ges. v. 8. März 1878; Schweiz. O.R. Art. 202 und Entw. Art. 707.

[6] Zu weit geht die Behauptung von Kohler, Arch. f. b. R. XVIII 1 ff., 96 ff., nach B.G.B. gelte nur formell das Traditionssystem, materiell das Vertragssystem.

[7] Es gilt das oben § 119 S. 314 ff. über die Einigung im Liegenschaftsrechte Gesagte. Der Veräuſserer muſs unbeschränkt geschäftsfähig, der Erwerber darf nicht geschäftsunfähig sein. Der Abschluſs kann durch Vertreter erfolgen. Willensmängel machen den Vertrag in demselben Umfange, wie jeden anderen Vertrag, nichtig oder anfechtbar. Bedingung und Befristung sind zulässig. Vgl. Planck, Biermann, Kober zu § 929, Dernburg III § 100 I, Cosack § 198 II, Kohler a. a. O. S. 99 ff.

[8] In Entw. I § 874 war dies ausdrücklich gesagt. — Hinsichtlich der

Digitized by Google

vertrag im Gegensatz zur Auflassung Bedingungen verträgt, ist er nicht notwendig abstrakt, kann vielmehr ausdrücklich oder stillschweigend von der Gültigkeit oder der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts abhängig gemacht werden[9].

III. Übergabe. Die Willenseinigung bedarf regelmäfsig, um den Eigentumsübergang zustande zu bringen, der Ergänzung durch Übergabe der Sache[10]. Erforderlich ist hierfür ein Realakt, durch den Eigenbesitz vom Veräufserer auf den Erwerber übertragen wird[11]. Ein besonderer zweiter Vertragsschlufs ist in der leiblichen Übergabe nicht enthalten[12].

Die Übergabe setzt stets einen Wechsel des unmittelbaren Besitzes (bei der Übereignung mittels eines Warenpapiers freilich nur des unmittelbaren Papierbesitzes), nicht notwendig aber den Übergang des unmittelbaren Besitzes vom Veräufserer auf den Erwerber voraus. Vielmehr genügt, wenn nur die Sache von Hand zu Hand geht, das Aufgeben und das Erlangen von mittelbarem Eigenbesitz. Denn auf beiden Seiten ist Vertretung möglich, der Vertreter kann aber nicht blofs ein Besitzhalter, sondern auch ein vermittelnder Besitzer sein. So kann der Eigentümer seine verliehene oder hinterlegte Sache durch erfolgreiche Anordnung der Herausgabe an den Erwerber übergeben. Ebenso kommt durch die Aushändigung an den Vormund, den Ehemann oder den zur Ergreifung des unmittelbaren Besitzes bevollmächtigten Vertreter die Übergabe an den hierdurch in den mittelbaren Eigenbesitz ge-

---

persönlichen Ansprüche auf Rückübertragung des Eigentums oder Ersatzleistung entscheiden die Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung.

[9] Dernburg III § 100 I 2; Cosack § 198 II 4; Endemann II 313 ff.; Biermann zu § 929 Bem. 2b; Krückmann, Arch. f. b. R. XIII 1 ff.; Kohler, ebenda XVIII 110 ff. So auch R.Ger. LVII Nr. 22 (Nichtigkeit einer Übereignung auf Grund eines wucherischen Geschäftes).

[10] Vgl. oben § 115 IV 1 S. 282 ff.

[11] Übergabe mittels Übergabe der Schlüssel oder des Warenpapiers genügt, falls sie eben Eigenbesitz verschafft. Die Übereignung mittels Tradition des Warenpapiers fällt also unter § 929, nicht unter § 931; vgl. Staub zu H.G.B. § 363 Bem. 33, § 365 Bem. 10, § 366 Bem. 13, Düringer u. Hachenburg, H.G.B. II 469, Biermann zu § 934 Bem. 2, Kober zu § 929 Bem. II 1, § 934 Bem. 5. Das Zeichnen der Sache durch den Erwerber kann einen Besitzübertragungsvertrag in leibliche Übergabe umwandeln.

[12] A. M. Cosack § 187. Demgemäfs braucht, wenn der Übereignungsvertrag geschlossen ist, eine später nachfolgende Übergabe nicht die rechtsgeschäftlichen Erfordernisse zu erfüllen; das Eigentum geht z. B. über, wenn inzwischen der Veräufserer als Verschwender entmündigt ist oder die Übergabe erlistet oder erprefst wird.

Digitized by Google

setzten Erwerber zustande[13]. Bei der Übersendung von Waren durch einen Frachtführer schiebt sich stets ein Besitzmittler ein; regelmäfsig verbleibt während des Transportes der mittelbare Eigenbesitz beim Absender, so dafs die Übergabe erst mit der Aushändigung an den Empfänger erfolgt[14]; allein es kann vereinbart sein, dafs der Frachtführer als Vertreter des Empfängers besitzen und somit die Übergabe schon durch die Abgabe an den Frachtführer vollzogen sein soll[15].

Der Übergabe gleich steht die Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher zwecks Ablieferung an den Erwerber[16].

IV. Ersatz der Übergabe. Übereignung ohne Übergabe ist in einer Reihe von Fällen möglich.

1. Soweit Besitzzuweisung unmittelbaren Besitz überträgt, wird die Übergabe durch den auf Verschaffung von Eigenbesitz gerichteten Besitzzuweisungsvertrag ersetzt[17].

2. Wenn der Erwerber bereits Besitzer ist, genügt der Übereignungsvertrag. Die Übergabe wird hier dadurch ersetzt, dafs durch die auf Eigentumsübergang gerichtete Willenseinigung zugleich vorhandener Besitz zu Eigenbesitz erhoben oder als Eigenbesitz anerkannt wird. Hauptfall ist die Eigentumsübertragung seitens des mittelbaren Besitzers an seinen Besitzmittler; hier wird der Eigentumsübergang durch gleichzeitige Besitzübertragung in Gestalt eines Besitzauflassungsver-

---

[13] Erwirbt der Ehemann bewegliche Sachen mit den Mitteln des eingebrachten Guts, so gilt nach § 1381 die Vermutung, daß er für die Frau erwerben wollte, die Frau daher durch ihn mittelbaren Eigenbesitz und damit das Eigentum erwirbt.

[14] Dafs nach § 447 beim Distanzkauf die Gefahr schon mit der Abgabe an den Frachtführer auf den Käufer übergeht, ändert hieran nichts. Vgl. Dernburg § 100 II 2; Cosack § 200; v. Tuhr, Zeitschr. f. französ. Civilr. XXX 530; R. Schröder, Z. f. H.R. LI 39 ff. — Anders entscheiden Preuß. A.L.R. I, 11 § 128 ff., Code de comm. Art. 100, Österr. Gb. § 429: Besitz und Eigentum gehen beim Distanzkauf mit der Absendung über.

[15] Immer ist Übergang des Besitzes und somit des Eigentums anzunehmen, sobald nach Ankunft des Gutes der Frachtbrief ausgehändigt ist; vgl. oben § 115 Anm. 45, v. Tuhr a. a. O. S. 536.

[16] C.Pr.O. § 897. Der Gerichtsvollzieher verschafft dem Erwerber sofort mittelbaren Eigenbesitz. — Die Willenseinigung wird natürlich nach § 894 durch die Verurteilung zur Übertragung des Eigentums ersetzt.

[17] Vgl. oben § 115 IV 2 a S. 235 ff. — In B.G.B. § 929 ist dieser Fall nicht erwähnt; unter den Begriff der „Übergabe“ kann er nach der Fassung von § 854 Abs. 2 und mit Rücksicht auf die dahin gehörige Besitzeinräumung an den Besitzhalter nicht gebracht werden.

Digitized by Google

trages vermittelt[18]. Doch kann auf diesem Wege auch Eigentum übertragen werden, ohne daſs irgendwelche Besitzübertragung stattfindet; so wenn der Eigentümer die ihm abhanden gekommene Sache dem gegenwärtigen unredlichen oder redlichen Besitzer oder eine von ihm überhaupt noch nicht besessene Sache (z. B. von einem Anderen unbefugt getrennte Frucht) dem Besitznehmer schenkt oder verkauft[19].

3. Die Übergabe wird durch Besitzauftragung ersetzt[20]. Erforderlich ist hier auſser dem Übereignungsvertrage stets ein besonderer Besitzvertrag, der dem Erwerber mittelbaren Eigenbesitz verschafft[21].

4. Endlich wird die Übergabe, falls ein Dritter im Besitz der Sache ist, durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ersetzt[22]. Ist der Veräuſserer mittelbarer Besitzer, so enthält die Anspruchsabtretung einen Besitzabtretungsvertrag und bewirkt daher eine der Übergabe gleichwertige Übertragung von mittelbarem Eigenbesitz[23]. Allein die Anspruchsabtretung reicht zur

---

[18] Vgl. oben § 115 IV 2 b S. 236. Es genügt die Verstärkung von mittelbarem Lehnbesitz zu mittelbarem Eigenbesitz (z. B. bei Verkauf der vom Pfandgläubiger hinterlegten Wertpapiere an den Pfandgläubiger).

[19] Daſs in solchen Fällen mit der Willenseinigung Eigentum übergeht, folgt aus § 929 S. 2 mit § 932 Abs. 1 S. 2.

[20] B.G.B. § 930; oben § 115 IV 2 c S. 237 ff. Unerläſslich für den Eigentumsübergang ist, daſs der Veräuſserer seinerseits Besitzer ist; R.Ger. LVI Nr. 13. Die Vorausübereignung von Sachen, deren Besitz der Veräuſserer erst erwerben will, kann durch Besitzauftragungsvertrag nicht vollzogen werden; Kohler a. a. O. S. 102, Biermann Bem. 3.

[21] Der beim Veräuſserer zurückbleibende vermittelnde Besitz kann auch seinerseits mittelbarer Besitz sein; oben § 115 Anm. 35. Er kann Lehnbesitz jeder Art sein, auch bloſser Verwahrungsbesitz. Natürlich auch Pfandbesitz (a. M. Biermann 1. Aufl. S. 73), da ja die Verpfändung seitens des Erwerbers an den Veräuſserer nach § 1205 Abs. 1 S. 2 durch bloſsen Vertrag erfolgen kann; vgl. unten § 170 Anm. 19.

[22] B.G.B. § 931. Dem bisherigen Recht ist diese Übereignungsform fremd. Im gemeinen Recht ist Vindikationszession als möglich anerkannt; sie überträgt aber nur das dingliche Klagerecht, während das Eigentum erst mit der Durchsetzung der Herausgabe übergeht. Die preuſsisch-rechtliche Übereignung durch Anweisung (oben § 115 Anm. 52) ist anders konstruiert und reicht lange nicht so weit. Sie darf übrigens nicht mit Dernburg III 62 noch neben der Übereignung durch Anspruchsabtretung als zulässig anerkannt werden; vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 537.

[23] Oben § 115 IV 2 d S. 239 ff. So bei der Übereignung einer in fremdem Nutzungs-, Pfand-, Miets-, Pacht-, Leih- oder Verwahrungsbesitz befindlichen Sache. — Da die Anspruchsabtretung formfrei ist, kann sie auch stillschweigend erfolgen und wird oft ohne weiteres in dem Übereignungsvertrage zu finden

Digitized by Google

Eigentumsübertragung auch dann aus, wenn sie keinen Besitz überträgt, weil der Veräufserer selbst nicht besitzt; der Eigentümer kann das Eigentum an einer Sache, deren Besitz er verloren oder überhaupt noch nicht erlangt hat, durch einfache Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den bekannten oder unbekannten zeitigen Besitzer übertragen [24]. In solchen Fällen ist der Eigentumserwerb völlig vom Besitzerwerbe gelöst; als Ersatz der Übergabe genügt die Einräumung des Rechtes auf den Besitz.

V. Wirkung. Der Eigentumsübergang tritt ein, sobald Willenseinigung und Übergabe oder gehöriger Ersatz der Übergabe verwirklicht sind [25]. Gleichgültig ist, in welcher Reihenfolge beide Erfordernisse erfüllt wurden.

Es ist möglich, dafs trotz vollzogener Übergabe oder Herstellung des Ersatzes für die Übergabe infolge einer dem Übereignungsvertrage beigefügten Bedingung oder Zeitbestimmung nur anwartschaftliches oder rückfälliges Eigentum übergeht [26]. Denn einerseits kann der Eigentumserwerb von dem Ein-

---

sein. Auch kann sie bei der Übereignung eines Sachinbegriffes generell erklärt werden, so dafs z. B. auf diesem Wege bei der Übergabe einer Leihbibliothek zugleich Besitz und Eigentum an allen gerade ausgeliehenen Büchern übertragen werden kann.

[24] Somit geht das Eigentum durch eine Anspruchsabtretung, die als Besitzabtretung gemeint ist, auch dann über, wenn die Besitzabtretung daran scheitert, dafs die Sache vom Besitzmittler unterschlagen oder ihm entwendet ist; oben § 115 Anm. 47. Der Eigentümer kann aber auch durch eine von vornherein nicht als Besitzabtretung erscheinende Anspruchsabtretung das Eigentum an einer ihm gestohlenen oder von ihm verlorenen Sache übertragen. Auch hierzu reicht eine Generalabtretung aus, so dafs bei der Übergabe eines Sachinbegriffs die gleichzeitige Übertragung des Eigentums auch an den zugehörigen abhanden gekommenen Sachen möglich ist. — Wer dem Eigentümer für den Verlust einer Sache Schadenersatz zu leisten hat, kann nach § 255 die Abtretung des Herausgabeanspruchs verlangen und wird dadurch Eigentümer. — Das Eigentum geht nicht über, wenn die Sache zurzeit besitzfrei ist; Biermann Bem. 3, Kober Bem. 5, Cosack § 199 I 1 c; a. M. Buhl § 11, Kohler S. 88 ff. Doch wird dann der Eigentumsübergang in dem Augenblick, da ein Dritter Besitz erwirbt, erfolgen, indem Abtretung des in diesem Falle eintretenden Anspruchs anzunehmen ist.

[25] Ein Rangunterschied zwischen den Übereignungsformen, wie ihn das Preufs. L.R. I, 7 § 74 durch Einräumung eines Vorranges der leiblichen Übergabe vor der Übergabe durch Anweisung oder Zeichen begründet, ist im B.G.B. nicht gemacht.

[26] Dernburg § 102; Cosack S. 119; Kober Bem. IV zu § 929; Planck Bem. 5; vgl. Motive III 327 ff. — Insbesondere kann der Eigentumserwerb an die aufschiebende oder auflösende Bedingung der Erfüllung einer

Digitized by Google

tritte einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht oder bis zum Eintritte eines Anfangstermins aufgeschoben sein[27]. Andererseits kann mit dinglicher Wirkung vereinbart sein, dafs das erworbene Eigentum mit dem Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins zu bestehen aufhört[28].

Der Eigentumsübergang tritt trotz erfolgter Übergabe oder gehöriger Ersetzung der Übergabe **nicht** ein, wenn der Übereignungsvertrag nichtig ist oder mit Erfolg angefochten wird oder einstweilen unwirksam ist und nicht nachträglich Wirksamkeit erlangt.

Insbesondere wird das Eigentum nicht oder doch nicht unbeschränkt erworben, wenn dem Veräufserer die erforderliche **sachenrechtliche Verfügungsmacht** fehlt.

Zur Verfügung über das Eigentum ist von Hause aus der **Eigentümer** berufen. Doch steht einerseits der Verfügung des Eigentümers jede Verfügung gleich, die ein Anderer mit seiner Zustimmung trifft oder für ihn kraft gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht vornimmt oder in Ausübung eigner dinglicher Rechtsmacht über fremde Sachen vollzieht[29]. Andererseits wird die Verfügungsmacht des Eigentümers nicht nur durch

versprochenen Gegenleistung geknüpft sein; der Vorbehalt des Eigentums bis zur Zahlung des Kaufpreises gilt nach § 455 im Zweifel als aufschiebende Bedingung. Möglich ist auch Übertragung des Eigentums auf Lebenszeit. Besonders wichtig ist die bedingte Eigentumsübertragung zur Sicherheit, von der im Pfandrecht zu handeln ist; vgl. unten § 170 XV.

[27] Inzwischen ist der Erwerber Besitzer, aber nicht Eigentümer und somit auch nicht Eigenbesitzer; der Veräußerer bleibt Eigentümer und wohl auch mittelbarer Besitzer, sein Eigentum und Besitz aber sind auflösend bedingt oder befristet. Mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termins fällt das Eigentum von Rechts wegen dem Erwerber an und geht sein Besitz von selbst in Eigenbesitz über. Fällt die Bedingung aus, so endet die Eigentumsanwartschaft des Erwerbers, nicht aber sein Besitz, der nur rechtlos wird und dem Eigentumsanspruch weichen mufs.

[28] Inzwischen ist der Erwerber Eigentümer und Eigenbesitzer; dem Veräußerer aber verbleibt eine Anwartschaft auf Wiederanfall des Eigentums bei Eintritt der Bedingung oder des Termins. Mit dem Eintritt fällt das Eigentum von Rechts wegen zurück; der Besitz des Erwerbers hört nicht von selbst auf, Eigenbesitz zu sein, wird aber unberechtigt. Fällt die Bedingung aus, so wird der Eigentumserwerb endgültig.

[29] So kann der Ehemann über die zum Eingebrachten der Frau gehörigen verbrauchbaren Sachen (§ 1376) und alle zu ehelichem Gesamtgut gehörigen beweglichen Sachen (§ 1443), der Testamentsvollstrecker über Nachlaßsachen (§ 2205) in eigenem Namen verfügen. So überträgt ferner der Pfandgläubiger durch rechtmäfsige Pfandveräußerung Eigentum (§ 1242).

Digitized by Google

seine Geschäftsfähigkeit bedingt, sondern auch durch jede dinglich wirksame Gebundenheit aufgehoben oder eingeschränkt[30], während die blofs obligationenrechtliche Gebundenheit den sachenrechtlichen Erfolg einer pflichtwidrigen Verfügung nicht berührt[31].

In weitem Umfange aber wird durch blofsen Schein, dem der Erwerber traute oder trauen durfte, eine zu seinen Gunsten wirksame Verfügungsmacht des Veräufserers begründet. Neben der absoluten Verfügungsmacht des Berechtigten steht also eine relative Verfügungsmacht des Nichtberechtigten, den der äufsere Schein zur Verfügung legitimiert. Hiervon ist nunmehr zu handeln.

§ 134. Eigentumserwerb vom Scheinberechtigten.

I. Geschichte[1]. Die Rechtssätze, die den Erwerb des Fahrniseigentums vom Scheinberechtigten zulassen und begrenzen.

---

[30] So für die Ehefrau hinsichtlich ihrer eingebrachten Sachen (§ 1395 bis 1397); für den Erben während Nachlafsverwaltung und Nachlafskonkurses (§ 1984) oder Testamentsvollstreckerverwaltung (§ 2211); für den Vorerben (§ 2113, 2129); für den Gemeinschuldner (Konk.O. § 6). So ferner infolge eines gesetzlichen oder behördlichen Veräufserungsverbots, jedoch, wenn das Verbot nur bestimmte Personen schützen soll, nur zugunsten dieser Personen (§ 135 bis 136). So auch bei bedingtem oder befristetem Eigentum (oben Anm. 27—28) zugunsten des Anfalls- oder Rückfallsberechtigten (§ 161, 163).

[31] Daher erwirbt durch gehörigen Übereignungsakt auch Eigentum, wer weifs, dafs der veräufsernde Eigentümer durch ein rechtsgeschäftliches Veräufserungsverbot gebunden ist (§ 137) oder sich bereits einem Anderen gültig zur Übereignung verpflichtet hat.

[1] Albrecht, Gewere S. 81 ff. Grimm, R.A. II 126 ff. Budde, De vindicatione rerum mobilium Germanica, Bonn 1837. Gaupp, Z. f. D. R. I 111 ff. Bruns, Recht des Besitzes S. 285 ff., 311 ff. Delbrück, Dingliche Klage S. 312 ff. Kühns, De intertiatione, Berol. 1855. Goldschmidt, Z. f. d. g. H.R. VIII 225 ff., IX 1 ff.; Handb. I § 9 S. 811 ff. Sohm, Der Prozefs der lex Salica, 1867, S. 55 ff. Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen S. 68 ff. v. Bar, Beweisurteil S. 152 ff. Heusler, Die Beschränkung der Eigentumsverfolgung um Fahrnis und ihr Motiv im deut. R., Basel 1871; Gewere S. 487 ff; Inst. II § 118. Dahn, Westgoth. Studien S. 91 ff. Planck, Gerichtsverfahren I 393 ff., 824 ff., II 417 ff. Franken, Französ. Pfandr. I 270 ff.; Gutachten für den XV. Deut. Juristentag (1880) S. 13 ff., 131 ff. Jobbé-Duval, Étude historique sur la revendication des meubles, Nouv. Revue histor. de droit, 1880, S. 463 ff. Kern, Entwicklung des Grundsatzes „Hand mufs Hand wahren“, Breslau 1881. Carlin, Niemand kann auf einen Anderen mehr Recht übertragen, als er selbst hat, Giefsen 1882. Hermann, Die Grundelemente der altgermanischen Mobiliarvindikation, Heft XX der Unters. z. D. St. u. R.G., Breslau 1886. London, Die Anefangsklage, Breslau 1886. Beseler, D.P.R. § 85. Stobbe-Lehmann II § 92—93. v. Amira, Alt-

Digitized by Google

haben sich aus der germanischen Gestaltung der Fahrnisklagen entwickelt.

1. Älteres deutsches Recht. Das deutsche Recht stellte dem Eigentümer behufs Wiedererlangung seiner in fremder Gewere befindlichen beweglichen Sache keine besondere Eigentumsklage, sondern nur die Klagen aus der Gewere zu Gebote[2]. Demgemäfs konnte der Eigentümer nur im Falle des unfreiwilligen Verlustes der Gewere sein Eigentum gegen jeden Dritten verfolgen, war dagegen im Falle der freiwilligen Hingabe der Gewere auf den Anspruch gegen den Empfänger beschränkt. Diese Unterscheidung begegnet schon in den Volksrechten und ist dann in den Quellen des deutschen Mittelalters scharf durchgeführt.

a. Unfreiwilliger Verlust der Gewere begründet die gegen jeden Dritten zulässige Fahrnisklage auf Herausgabe der Sache. Sie entstammt dem uralten Verfahren der Diebstahlsermittlung durch Spurfolge und Anefang[3]. Wird sie als „Anefangsklage“ mit rechtsförmlichem Anfassen der Sache eingeleitet[4], so erhebt sie zugleich den Vorwurf der Unredlichkeit gegen den Besitzer oder doch einen seiner Vorbesitzer[5] und zieht daher für

norw. Vollstreckungsverf. S. 208 ff.; Altn. O.R. I 559 ff.; Recht S. 160 ff. Huber, Schweiz. P.R. IV 745 ff. Brunner, R.G. II § 118; Grundzüge § 48. Schröder, R.G. S. 376 ff., 710 ff. Herbert Meyer, Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht, Jena 1902; dazu J. Gierke, Z. f. d. g. H.R. LII 612 ff. Zycha, Eigentumsverfolgung und Verkehrsschutz bei Fahrnis nach dem schweiz. Zivilgesetzentw., Z. f. schweiz. R. XLIV 74 ff.

[2] Vgl. oben § 113 IV 2 S. 204 ff.

[3] Dieses Verfahren ist schon in den Volksrechten von der gegen den Dieb oder Räuber selbst gerichteten Diebstahlsklage durchaus verschieden; es richtet sich in erster Linie auf Verfolgung der Sache, legt nur den objektiven Tatbestand des Verbrechens zugrunde und sucht, wenn nicht in dem Besitzer selbst, so durch den Besitzer den Dieb zu ermitteln. Vgl. namentlich Brunner, R.G. II 495 ff. Dazu H. Meyer a. a. O. S. 8 ff., der aber in dem Bestreben, als Grundlage der Klage Publizität des Verlustes einerseits und des Rechtsmangels andererseits zu erweisen, zu weit geht und namentlich die Erhebung des Gerüftes, die nur für das Verfahren auf handhafter Tat unentbehrlich war, unrichtig für eine ursprüngliche Voraussetzung der Anefangsklage erklärt.

[4] Das „anafangjan“ heifst bei den Franken auch „intertiare“ („rem in tertiam manum mittere“), weil es dem Besitzer den Zug auf den Gewährsmann zuschiebt. Es fand ursprünglich aufser Gericht statt, wenn der Verlierer seine Sache entdeckte, ohne sie in rechter Spurfolge binnen kurzer Frist (3 Nächte) gefunden zu haben und so zu sofortiger eigenmächtiger Wegnahme befugt zu sein. Doch galt es bereits als der Klage Beginn. Vor Gericht wurde es wiederholt. Über das spätere sächsische Verfahren Planck I 824 ff.

[5] Laband a. a. O. S. 101—103. Sie nötigt daher den Beklagten, sich

Digitized by Google

den unterliegenden Teil Bufse und Wette nach sich[6]. Sie kann aber auch als schlichte Klage angestellt werden, die lediglich auf Herausgabe der Sache geht[7].

Die Klage gebührt nicht blofs dem Eigentümer, sondern Jedem, der die Sache in seiner Gewere gehabt und die Gewere wider Willen verloren hat[8]. Klagt der Eigentümer, so mag im Verlaufe des Rechtsstreits sein Eigentum gegenüber einem vom Beklagten behaupteten Recht auf die Gewere zur Sprache kommen; den Klagegrund aber bildet auch für ihn nicht das Eigentum, sondern der ungewollte Verlust früherer Gewere[9]. Hauptfall ist die rechtswidrige Entziehung der Gewere durch Diebstahl oder Raub[10]. Aber auch verlorene oder sonst abhanden gekommene Sachen können mit der Klage verfolgt werden[11]. Wer

---

durch Rechtfertigung seiner Gewere vom Diebstahlsverdacht zu reinigen; H. Meyer S. 27 ff., 86 ff., 102 ff.

[6] Brunner a. a. O. S. 508—509; Sachsensp. II Art. 60 § 5.

[7] Richtst. Landr. 11 § 3. Behrend, Observationes de actione simplici (schlichte Klage) juris Germanici, Gryph. 1861. Laband a. a. O. S. 90 ff. H. Meyer S. 80 ff.

[8] Brunner a. a. O. S. 509. Laband a. a. O. S. 111. Stobbe-Lehmann II 1 S. 252 u. 254 ff. H. Meyer S. 13 ff.

[9] Damit steht nicht in Widerspruch, dafs der Kläger behauptet und beweist, die Sache sei zur Zeit des unfreiwilligen Verlustes „sein" gewesen und sei noch „sein"; Breslau-Magdeb. R. v. 1295 § 6—7, Rechtsb. n. Dist. IV. 42 d 5, Wiener Stadtr. Art. 78. Vielmehr erhärtet der Kläger hierdurch nur, dafs die in Anspruch genommene Sache dieselbe ist, die er in seiner Gewere hatte, und dafs er sein Recht auf die Gewere nicht eingebüfst hat. Darum kann auch der Verwahrer, Entleiher, Mieter, Pfandbesitzer, Finder in dieser Weise klagen. Vgl. Laband a. a. O. S. 108 ff.; Planck I 709; Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 16—17; H. Meyer S. 14 ff. Manche Quellen erwähnen überhaupt nur den Nachweis des dieblichen Verlustes; Sachsensp. II Art. 36 § 4, Richtst. L.R. 16 § 2, Bremer Stat. ord. 74, Freiburger Stadtr. v. 1120 § 28.

[10] In den Volksrechten wird nur dieser Fall erwähnt; l. Sal. t. 37, l. Rib. t. 33 u. 47. Ebenso aber in manchen späteren Quellen, wie Freiburg. Stadtr. v. 1120 § 28, Berner Handf. v. 1218 § 38, Hamburg. Stadtr. v. 1270 VIII, 9, Breslau-Magdeb. R. v. 1295 § 6. Vgl. Laband S. 70 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 10, H. Meyer S. 43 ff. Doch scheint mir der von H. Meyer S. 42 ff. versuchte Nachweis, dafs ursprünglich die Anefangsklage überhaupt nur bei gestohlenen Sachen zulässig gewesen sei, nicht gelungen zu sein; vgl. J. Gierke a. a. O. S. 615.

[11] Dies läfst sich schon für die älteste Zeit aus den Sätzen über den Fund erschliefsen. Allgemein formuliert wurde das Prinzip erst später. Vgl. Magdeb. Fr. I, 13 d. 1: der Anefangskläger „spreche also, das ym dy varnde habe adir das pferd abgeroubet adir gestolen were adir sust verloren hette"; Augsb. Stadtr. S. 110. Für verwechselte Sachen Sachsensp. III Art. 89. Für

Digitized by Google

die Gewere, die für ihn ein Haus- oder Familiengenosse oder sonstiger unselbständiger Verwalter ausübt, unfreiwillig einbüfst, kann die Klage auch dann anstellen, wenn der Inhaber die Sache freiwillig weggegeben hat [12]. Wer dagegen die Sache in die Gewere eines Anderen gelegt hat, kann sich der Klage selbst dann nicht bedienen, wenn der Andere die Gewere unfreiwillig verlor [13].

Die Klage dringt gegen Jeden durch, der die Sache in seiner Gewere hat, er müfste denn ein besseres Recht auf die Gewere dartun [14]. Der Nachweis des redlichen Erwerbes der Sache

---

im Wasser zugeflossene Sachen Sachsensp. II Art. 29, Rechtsb. n. Dist. IV, 42 d. 13. Für zugelaufenes Vieh Brünner Schöffenb. c. 97. Vgl. ferner die Stellen b. Laband S. 78 ff., Stobbe, Krit. V.Schr. XI 241, H. Meyer S. 48 ff.

[12] Die Quellen sprechen hier von „abgetragenen" Sachen. Vgl. über Veräufserung durch den Knecht Sachsensp. III Art. 6 § 1 u. 3, Goslar. Stat. S. 82 Z. 18, S. 99 Z. 1, Hamb. Stat. v. 1270 IX 18, Bremer Stat. v. 1303 ord. 96; durch den Sohn Freiburger Stadtr. v. 1120 § 47, Schwabensp. c. 61, Freiberger Stat. b. Schott III 286; durch die Ehefrau (wobei nicht blofs, wie H. Meyer S. 71 ff. meint, die mangelnde Geschäftsfähigkeit der Frau in Betracht kommt) Magdeb. Sch.U. b. Wasserschleben S. 104 c. 203, Rechtsb. n. Dist. I c. 47 d. 8, Brünner Schöffenb. c. 277. Vgl. Laband S. 80 ff.; Kraut, Vorm. II 398 ff.; v. Martitz, Ehel. Güterr. S. 135; Schröder, Ehel. Güterr. II 1 S. 109 ff., II 3 S. 220, 226 ff.; Hertz, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes S. 52 ff.; Stobbe-Lehmann Anm. 14; H. Meyer S. 57 ff.

[13] So ausdrücklich schon Ed. Liutpr. 131. Vgl. auch l. Bajuv. XV, 4. Bes. aber Sachsensp. II Art. 60 und die verwandten Quellen. Brunner II 509; H. Meyer S. 29 ff.

[14] Über die Verteidigungsmittel des Besitzers vgl. Bruns, Besitzklagen S. 228 ff., Laband S. 118 ff., Planck I 700 ff., 734 ff., Brunner S. 501 ff., H. Meyer S. 85 ff. Der Verklagte erzielt die Abweisung der Klage schon durch den Nachweis der Hinfälligkeit des Klagegrundes. So, wenn er die freiwillige Weggabe der Sache durch den Kläger dartut. Allein er schützt seine Gewere auch durch den Nachweis des besseren Rechts. So vor allem durch den Nachweis eigner Aufzucht oder Anfertigung; die Ausführung von H. Meyer S. 94, dafs die Berufung auf originären Erwerb ursprünglich ausgeschlossen gewesen sei, ist sicherlich unrichtig; vgl. J. Gierke a. a. O. S. 616. Oder durch den Nachweis der Erbeutung in rechter Fehde. Oder auch schon durch den Nachweis des eignen Besitzes vor der vom Kläger angegebenen Verlustzeit. Mit der Einrede des besseren Rechtes auf den Besitz dringt er, wie mit Bruns gegen Laband anzunehmen ist, auch dann durch, wenn der Klagegrund richtig ist. So braucht der Eigentümer die in seinen Besitz zurückgelangte Sache dem Diebe oder Finder oder dem Verwahrer oder Entleiher auch dann nicht herauszugeben, wenn er sie eigenmächtig aus der fremden Gewere an sich gebracht hat. Mit dem Nachweise eines Pfandrechts kann der Besitzer auch den Eigentümer zurückschlagen. Die Relativität des Streites um das bessere Recht wird angedeutet, wenn der Kläger schwört, dafs

Digitized by Google

schützt den Verklagten vor der Inanspruchnahme aus diebischer oder raublicher Gewere, befreit ihn aber nicht von der Herausgabepflicht[15]. Beruft er sich auf den Erwerb von einem Dritten, so steht ihm der Zug auf seinen Gewährsmann frei[16]; damit lädt er diesem die Verpflichtung auf, statt seiner in den Prozefs einzutreten[17], und sichert sich für den Fall, dafs der Gewährsmann die Verteidigung ablehnt oder im Prozefs unterliegt, den Anspruch auf Ersatz des Kaufschillings und des erlittenen Schadens gegen den Veräufserer[18]. Zur Reinigung vom Diebstahlsverdacht genügt auch der Nachweis des Kaufes auf dem gemeinen Markte oder des

---

das Pferd „sin si mit mererme rechte, denne anders imandes"; Freiberg. Stat. c. 9 b. Schott III 189; Bamb. R. c. 110.

[15] L. Sal. 47; l. Rib. 33 § 2 u. 4; ed. Rothar. c. 232; Sachsensp. II Art. 36 § 4. So, wenn er seinen Gewährsmann nicht nennen oder nicht stellen kann, sich aber durch Reinigungseid vom Verdacht des unredlichen Erwerbes befreit. Ebenso, wenn er Erwerb durch Erbgang dartut, aber das Recht seines Erblassers nicht erweist; H. Meyer S. 86 ff.

[16] Nach langobard. u. älterem sächs. (auch Magdeb.) R. mufs der Kläger dem Beklagten zu dem benannten Gewährsmanne folgen, aufser über schiffreiches Wasser; Ed. Roth. c. 231; Ed. Ottonis I de a. 967 c. 7 (M.G.L. II 33); Sachsensp. II Art. 36 § 5; Richtst. L.R. 13 § 2; Magdeb.-Bresl. R. v. 1261 § 44, 1295 § 7; Brunner S. 502, Laband S. 127 Anm. 11. Nach fränk., süddeut., westgoth. u. burgund. R. mufs der Beklagte den Gewähren vor Gericht stellen; Brunner S. 502. Ebenso nach jüngeren sächs. Quellen, Brem. R., Lüb. R. usw.; Laband a. a. O. Anm. 12. — Der Gewährsmann kann sich wieder auf seinen Vormann berufen und so fort. Nach manchen Rechten steht der Zug beim dritten Mann still; Ed. Ottonis I c. 7 nebst Formel, Hamb. Stat. v. 1270 VII 9, Lüb. R. v. 1294 II, 82. Nach anderen beim siebenten Mann; Leobschützer Stadtr. v. 1270 § 49. Dem Besitzer ist aber unbenommen, unter Überspringung von Vormännern einen aufsergerichtlich ermittelten früheren Gewährsmann zu stellen; Brünner Schöffensatzung 228 b. Rösler II 402. Die meisten Rechte gestatten unbeschränkt die Wiederholung des Zuges; so auch Sachsensp. II Art. 36 § 6, Magdeb. Fr. I, 13 d. 1. Vgl. Brunner S. 502 ff., Laband S. 128 ff., H. Meyer S. 87 ff.

[17] Sachsensp. III Art. 4 § 2; dazu II Art. 36 § 5 (die gewere mut antwerden an siner stat vor it gut), III Art. 83 § 3. Vgl. Formel zu Ed. Roth. 234: Langobardus semper dat auctorem et nunquam stat loco auctoris; Romanus semper stat loco auctoris et nunquam dat auctorem. Brunner S. 504 ff., Laband S. 124 ff. — Der Gewähre empfängt die Sache zur Verteidigung zurück, aber nur als Treuhänder; siegt er, so mufs er sie dem ursprünglichen Beklagten wiedergeben; E. Hermann a. a. O. S. 64 ff., Brunner S. 505 Anm. 69—70.

[18] Dem Kläger mufs der Besitzer, wenn ihm Bruch am Gewähren wird, nicht nur die Sache herausgeben, sondern auch Bufse zahlen; vom Diebstahlsverdacht aber kann er sich immer noch reinigen; Sachsensp. II Art. 36 § 5; H. Meyer S. 97 ff.

Digitized by Google

sonstigen offenkundigen Erwerbes[19]; nach einzelnen deutschen Quellen kann in solchen Fällen der Verklagte vom Kläger den Ersatz des Kaufschillings für die herauszugebende Sache fordern[20].

Dem nationaljüdischen Recht entstammt das allgemeine Vorrecht der Juden auf Ersatz des Kauf- oder Pfandschillings für die von ihnen vorwurfsfrei durch Kauf erhandelten oder zu Pfand genommenen Sachen[21]. Zum Teil wurde der jüdische Lösungsanspruch auf christliche Händler und Gewerbsleute ausgedehnt[22].

Nur ganz vereinzelt werden im deutschen Mittelalter abhanden gekommene Sachen auf Grund des offenkundigen Erwerbes durch den Besitzer der dinglichen Rechtsverfolgung überhaupt entzogen[23]. Dagegen waren nach hansestädtischen Rechten über See eingeführte

---

[19] H. Meyer S. 102 ff. Sachsensp. II Art. 36 § 4: sprict aber jene, he hebbe't gekoft uppe dem gemenen markete, he ne wete, weder wene, so is he düve unsculdich; . . . sine penninge verlüset he aver, die he dar umme gaf, unde jene behalt sin gut, dat ime verstolen oder afgerovet was. Zahlreiche ähnliche Stellen b. H. Meyer S. 104 ff. — In manchen außerdeutschen Rechten wurde die Publizität des Erwerbes jedem Käufer zur Pflicht gemacht; in Deutschland begegnet dies nur in einigen schleswigschen Stadtrechten; H. Meyer S. 110 ff.

[20] Stadtr. v. Leobschütz v. 1270 § 40—42; Murtener Stadtr. § 34 bei Gaupp II 158; Jülicher Landr. Art. 48 § 2. Andere schweizer., niederländ. u. belg., besonders aber französ. Quellen b. Stobbe-Lehmann Anm. 21, Franken I 296 ff., 320 ff., H. Meyer S. 129 ff. Daß der Lösungsanspruch beim Marktkauf dem germanischen, nicht dem jüdischen Recht entstammt, weist H. Meyer S. 124 ff. u. 256 ff. nach. — Über das westgoth. R. vgl. Dahn, Westgoth. Studien S. 93 ff., Brunner S. 510; über l. Bajuv. XVI 11 u. 14 Brunner S. 510—511.

[21] Vgl. oben Bd. I 440 Anm. 21 und jetzt die eingehende Darstellung des „jüdischen Hehlerrechts" b. H. Meyer S. 166—278, der den Nachweis führt, daß dasselbe semitischen Ursprungs ist, jedoch, während es zuerst in den Judenprivilegien in rein jüdischer Gestalt auftritt, deutschrechtliche Umbildungen, wie namentlich die Einschränkung durch das Erfordernis der Publizität des Erwerbes, erfahren hat.

[22] Vielfach auf Kawerschen, Lombarden und andere christliche Pfandleiher; H. Meyer S. 261 ff. Bisweilen aber auch auf Händler, Wirte, Goldschmiede usw.; ebenda S. 269 ff. Vereinzelt überhaupt auf den redlichen Kauf; ebenda S. 275 ff. und über das Recht der Wormser Ref. v. 1499 S. 300 ff.

[23] So im Bamberger Stadtr. § 76 (H. Meyer S. 275 nimmt jüdischen Ursprung an). Nicht dagegen, wie öfter behauptet wird, im Recht v. Colmar v. 1293 § 23 oder im Brünner Schöffenb. c. 57. Im allgemeinen gehören derartige Bestimmungen, die zuerst für den Handelskauf auftauchen, erst der späteren Zeit an; H. Meyer S. 123, 138 ff.

Digitized by Google

Sachen und nach Jahr und Tag auch von auswärts über Land eingeführte Sachen von jeder Ansprache frei[24].

b. Freiwillige Hingabe der Gewere schneidet die Fahrnisklage aus ungerechtfertigtem Verlust der Gewere ab. Wer aber eine Sache nur zu beschränkter Gewere weggegeben hat, kann aus seiner vorbehaltenen Gewere gegen den Empfänger auf Rückgabe klagen, sobald dessen Gewere ihren Rechtsgrund eingebüfst hat und somit nur unter widerrechtlicher Vorenthaltung der dem Kläger gebührenden Gewere festgehalten werden kann[25].

Auf diese Klage um anvertrautes Gut ist bei Fahrnis auch der Eigentümer und jeder andere dinglich Berechtigte, der die Sache in fremde Hand gelegt hat, beschränkt. Wer daher seine Sache verpfändet, vermietet, verliehen, in Verwahrung gegeben oder irgendwie sonst freiwillig aus der Gewere gelassen hat, kann sich nur an den halten, dem er die Sache gab[26]. „Hand wahre Hand“[27]. „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da soll man ihn suchen“[28].

Gegen einen Dritten, in dessen Gewere die Sache gelangt ist, hat der Eigentümer keine sachenrechtliche Klage. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Empfänger die anvertraute Gewere freiwillig weggegeben oder unfreiwillig verloren hat[29]. Ebensowenig kommt es darauf an, in welcher Weise der Dritte die Gewere erlangt hat[30].

---

[24] Hamb. Stat. v. 1270 VII, 9 § 1—2; Lüb. R. (Hach) III Art. 334; Stat. v. Stade VII c. 7; H. Meyer S. 141 ff.

[25] Über die älteste Gestalt der Klage ex re praestita nach l. Sal. 51 u. l. Rib. 52, wobei der Beklagte vorher durch Mahnverfahren in strafbares Unrecht gesetzt werden mufste, vgl. Brunner § 120. Über die Gestaltung im sächs. R. Sachsensp. I Art. 15, Richtst. Landr. 16, Laband S. 132 ff.

[26] Der Satz gehört schon dem ältesten Recht an. Vgl. über die abweichende Meinung von Hermann a. a. O. S. 69 ff. bes. H. Meyer S. 29 ff. Prinzipielle Formulierung im Sachsensp. II Art. 60 § 1, Rechtsb. n. Dist. IV, 42 d. 14, Magdeb. R. v. 1304 Art. 113, Hamb. Stat. v. 1270 IX, 21, Lüb. R. III Art. 372 und vielen anderen Quellen b. Kern S. 3 Anm. 3.

[27] Dieses Rechtssprichwort begegnet zuerst in c. 17 der 24 friesischen Landrechte (v. Richthofen S. 67 Anm. 17), dann im Billwärder L.R. Art. [illegible] und im revid. Lüb. R. III, 2 Art. 1; Kraut, Grundr. § 82 Nr. 40 u. 41.

[28] Graf u. Dietherr S. 110 Nr. 272; rev. Lüb. R. III, 2 Art. 2.

[29] Sachsensp. II Art. 60 § 1: verkoft sie die, die sie in geweren hevet, oder versat he sie, oder verspelt he sie, oder wert sie ime verstolen oder afgerovet.

[30] Auch gegen den unredlichen Erwerber kann der Eigentümer nicht klagen. Dies folgt aus Ed. Liutpr. 131, aber auch aus der unbedingten

Digitized by Google

Keine Durchbrechung des Satzes „Hand wahre Hand" liegt darin, dafs an Stelle des Empfängers sein Erbe auf Rückgabe belangt werden kann[31]. Allgemein liefs man auch im Falle einer Beschlagnahme des Vermögens den Richter in die Herausgabepflicht eintreten, weil Niemand fremdes Gut verwirken könne[32]. Ungleich dagegen wurde die Frage entschieden, ob der pfändende Gläubiger der Klage des Eigentümers ausgesetzt sei[33].

Wirkliche Ausnahmen von dem Satze „Hand wahre Hand" wurden für eine Reihe von Fällen namentlich in einzelnen Stadtrechten gemacht[34].

Vereinzelt wurde dem, der seine Sache nur zum „Behalten zu treuer Hand" ausgetan hat, die Fahrnisklage gegen Dritte gegeben, wenn der Verwahrer die Sache veräufserte oder unfreiwillig verlor[35].

Fassung der deutschen Quellen; vgl. Sachsensp. a. a. O.: jene, die sie verlegen oder versat hevet, die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den, dem he sie leich oder versatte.

[31] Sachsensp. II Art. 60 § 2.

[32] Sachsensp. II Art. 31 § 3: nieman mag verwerken enes anderen mannes gut, of he't under ime hevet. Prager Rechtsb. 191 Nr. 2 (Rösler I 159); Brünner Schöffenb. c. 379; Goslar. Stat. S. 88 Z. 39.

[33] Für die Zulassung der Klage z. B. System. Schöffenr. V c. 4, Bremer R. v. 1303 ord. 36, Goslar. Stat. S. 66 Z. 27 ff., Sächs. Distinkt. b. Kraut § 82 Nr. 54, Bayr. Landr. Art. 232, Münch. Stadtr. Art. 191. Dagegen wird im Lüb. R. II Art. 194 der Satz „Hand wahre Hand" durchgeführt. Eine eigentümliche Vermittlung im Bochold. Stat. Art. 23. Vgl. Laband S. 85 ff.; Kern S. 29 ff.; v. Meibom, Pfandr. S. 63 ff.

[34] Dafs nach Lüb. R. II Art. 135, III Art. 72 der Eigentümer das vom Mieter veräufserte Schiff dem Dritten abfordern kann, beruht auf der Unterstellung der Schiffe unter Liegenschaftsrecht; Kern S. 31, H. Meyer S. 54 (der aber in der Schrift über Neuere Satzung an Fahrnis und Schiffen, Jena 1903, S. 25 ff. diese Erklärung nicht mehr gelten läfst).

[35] So nach Goslar. Stat. S. 82 Z. 22 ff., S. 99 Z. 5 ff. (mit H. Meyer S. 53 hier blofs unklare Ausdrucksweise zu sehen, geht nicht wohl an). Verwandt ist die Bestimmung des Augsburger Rechts (Zusatz zu Art. 87 bei Meyer S. 168 u. Art. 134 § 1), wonach der Kommittent das vom Verkaufskommissionär in Zahlung gegebene Gut dem Dritten abfordern kann. — Mit Unrecht nehmen Manche an, dafs allgemein für Sachen, die in Verwahrung oder zum Transport oder sonst zu einem nicht mit Nutzungsrecht verbundenen Besitze, aus dem der Empfänger für unverschuldeten Verlust nicht haftete, hingegeben waren, der Satz „Hand wahre Hand" nicht gegolten habe; so Cropp bei Hudtwalker und Trummer, Kriminalistische Beiträge II, 2 (1825) S. 242 ff., 264 ff.; Brackenhöft, Z. f. D. R. V 168 ff.; Bruns, Besitz S. 315 ff.; Gerber, Abh. S. 402; Rückert S. 210 ff.; Kern S. 37 ff. Das Gegenteil ergibt sich aus den Worten des Sachsensp. II Art. 60 § 1: to svelcker wis he

Digitized by Google

Besonders häufig begegnet die Regel, dafs, wer einem Handwerker eine Sache zur Bearbeitung übergeben hat, sie dem Dritten, dem sie der Handwerker veräufserte oder verpfändete, gegen Zahlung des dem Handwerker geschuldeten Arbeitslohns abfordern kann[36].

Bisweilen wird, wenn die Sache gestohlen ist, dem ursprünglichen Besitzer die Klage gegen den gegenwärtigen Besitzer wenigstens für den Fall gegeben, dafs der bestohlene Besitzer verstorben ist oder sich der Klage entzogen hat[37].

Einige Quellen scheinen allgemein die Klage gegen den dritten Besitzer zuzulassen, sobald sich der Kläger bereit erklärt, dem Besitzer alles zu ersetzen, was er für die Sache gegeben hat[38].

c. Die Wirkung der Beschränkungen der Fahrnisverfolgung für das Fahrniseigentum bestand in einer Abschwächung seiner

---

die ut von sinen geweren let mit sinem willen. Ferner aus Rechtsb. n. Dist. IV, 42 d. 6; Münchner Stadtr. Art. 177; Kulm. R. V, 6. Für Kommissionsgut Lüb. Entsch. v. 1555 b. Pauli, Lübische Zustände III 108. Vgl. Budde a. a. O. S. 58 ff.; Goldschmidt a. a. O. S. 249 Anm. 9, 254 Anm. 22; Laband S. 84; v. Bar a. a. O. S. 155 ff.; Beseler S. 336; Stobbe-Lehmann § 92 Anm. 27, 28, 31; H. Meyer S. 52 ff.

[36] Lüb. R. II Art. 193; Dortmunder Stat. IV, 3; Bremer Stat. ord. 36; Münchener Stadtr. Art. 348; Steiermärk. L.R. Art. 160; vgl. Laband S. 82 ff., R. Löning, Vertragsbruch S. 411 ff., Kern S. 26 ff., H. Meyer S. 76 ff. — Abweichend das Magdeburg. R., vgl. System. Schöffenr. V c. 7; ebenso Culm V 6. — Schwerlich darf man mit Goldschmidt a. a. O. S. 253, Laband, H. Meyer u. A. diese Ausnahme aus der ursprünglichen Gleichstellung des hörigen Handwerkers mit dem Gesinde herleiten; sie müfste dann auch bei unfreiwilligem Verlust durch den Handwerker gelten. Vielmehr ist wohl die Erklärung Stobbes (Anm. 29) aus dem Recht des Handwerkers, kraft gesetzlichen Pfand- oder Zurückbehaltungsrechts das fertige Werk um den Lohn zu versetzen, zutreffend.

[37] Schwabensp. (W.) c. 191. — Planck II 423—424 meint, gegen den Dieb oder Hehler selbst sei der Eigentümer stets mit seiner Klage durchgedrungen. Er beruft sich auch auf Sachsensp. III Art. 23 § 3, wo aber doch wohl nur von dem Bemächtigungsrecht gegenüber dem die Sache nach der bestimmten Zeit widerrechtlich vorenthaltenden Entleiher die Rede ist. Ausdrücklich dagegen gewährt das Ostfries. L.R. c. 101 die Klage gegen den Dieb selbst.

[38] Lüb. R. (Hach) II Art. 194, III Art. 202; Nowgoroder Skrae des 13. Jahrh. im Lüb. Urkb. I 709; Münch. Stadtr. Art. 191. Doch macht H. Meyer S. 126 wahrscheinlich, dafs ursprünglich in diesen Stellen nicht ein klagbarer Anspruch auf Herausgabe gegen Preisersatz anerkannt, sondern nur auf gütliche Lösung als einzigen Weg der Wiedererlangung hingewiesen werden sollte. Später wurden sie im Sinne eines Lösungsanspruches verstanden.

Digitized by Google

dinglichen Kraft, dagegen an sich nicht in einer Erleichterung seines Erwerbes. Die Übereignung durch den Nichtberechtigten gab an sich kein Eigentum, und mit dem Verlust der Möglichkeit, die Sache auf gerichtlichem Wege wieder zu erlangen, ging an sich das Eigentum nicht unter. Der Erfolg war freilich meist von dem eines Eigentumswechsels praktisch nicht verschieden. Allein der Unterschied mufste zu Tage treten, wenn die Gewere dessen, dem die Sache anvertraut war, wiederhergestellt wurde, — dann hatte der Eigentümer wieder die Klage um anvertrautes Gut —, oder wenn der Eigentümer selbst durch einen Zufall die Gewere zurückgewann, — dann schlug er auch die Fahrnisklage eines Dritten mit der Berufung auf sein Eigentum zurück.

2. Entwicklung seit der Rezeption. Mit dem römischen Rechte wurden in das gemeine deutsche Recht die völlig abweichenden Grundsätze des fremden Rechtes eingeführt: das Eigentum an beweglichen wie unbeweglichen Sachen wird durch die auf das Eigentum als solches gegründete Vindikation geschützt; die Vindikation aber beweglicher wie unbeweglicher Sachen ist unbeschränkt gegen Dritte zulässig (ubi rem meam invenio, ibi vindico). Allein das germanische Recht starb nicht ab. Es wirkte fort in der Ausgestaltung der die Eigentumsklage ergänzenden und teilweise zurückdrängenden Besitzrechtsklagen und in der praktischen Handhabung der Eigentumsklagen selbst, die in Ansehung abhanden gekommener beweglicher Sachen vielfach geradezu auf die Festhaltung der deutschrechtlichen Fahrnisklage hinauslief[39]. Aber auch die Abschwächung des Fahrniseigentums durch den Satz „Hand wahre Hand" erhielt sich mehr oder minder rein in manchen Partikularrechten, kam in den neueren Gesetzbüchern wieder zur Geltung und wurde zunächst durch das Handelsgesetzbuch hinsichtlich der von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes veräufserten und übergebenen Sachen und endlich durch das B.G.B. für den gesamten rechtsgeschäftlichen Verkehr zu gemeinem deutschen Recht erhoben. Hierbei fand jedoch eine in

[39] Vgl. oben § 116 Anm. 6—8 über die Spolienklage und Anm. 55 über die Entwendungsklage und die Eigentumsklage überhaupt. Doch wurden im usus modernus nach römischem Vorbild den gestohlenen Sachen die unterschlagenen gleichgestellt; Wellspacher a. a. O. S. 669. Damit wurde der Gegensatz zwischen unfreiwilligem und freiwilligem Besitzverlust verwischt und der Satz „Hand wahre Hand" aus dem gemeinen Recht verdrängt. Vgl. H. Meyer S. 279 ff.

Digitized by Google

mancherlei Richtungen auseinander gehende Umbildung des alten Rechtes statt.

a. Die Unterscheidung des unfreiwilligen und des freiwilligen Besitzverlustes blieb die Grundlage aller sich dem deutschen Rechte anschliefsenden Ordnungen. Auf ihr fufsen ältere deutsche Statutarrechte[40], das französische Gesetzbuch mit seinen Nachbildungen[41], das österreichische Gesetzbuch[42], das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch[43], das schweizerische Recht[44] und das deutsche bürgerliche Gesetzbuch[45].

Dagegen verschwand die Unterscheidung da, wo das römische Vindikationsprinzip siegte[46]. Sie verschwand insbesondere auch im preufsischen Landrecht[47] und im sächsischen Gesetzbuch[48]. So-

[40] Vgl. revid. Lüb. R. III, 2 Art. 1—2, III, 4 Art. 3, 8, 9, IV, 1 Art. 6, 9: über Lüb. R. in Pommern v. Wilmowski § 34—35, in Holstein Paulsen § 31. Hamb. Stadtr. II, 2 Art. 7, 8 Art. 8, 9 Art. 7, 18, IV, 35; Baumeister I 243 ff.; dazu jedoch H. Meyer S. 281. Kulm. R. (jüngster Fassung) III, 5 c. 1, IV, 2 c. 3, 4 c. 2 u. 7. Rostocker Stadtr. III, 2 Art. 1—4. Baltisches R., kodifiziert im Liv.-, Esth.- u. Kurl. P.R. Art. 921—926; Erdmann II 193 ff. Viele schweiz. Rechte; Huber IV 745 ff.

[41] Code civ. Art. 2279—2280; Renaud, Krit. Z. f. R.W. des Ausl. XVII 140 ff.; Zachariae-Crome § 122, 155, 159. Niederl. Gb. Art. 637, 2014. Ital. Cod. civ. Art. 707—709.

[42] Österr. Gb. § 366—369, 371; Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 66 ff.; Krasnopolski, Der Schutz des redlichen Verkehrs im österr. R., Prag 1892; Randa, Eigent. I § 13. — Anders noch Cod. Theres.; Wellspacher a. a. O. S. 631 ff.

[43] H.G.B. Art. 306—308 (mit Vorbehalt der dem Besitzer noch günstigeren Landesrechte). Verallgemeinert in Bremen durch E.G. z. H.G.B. v. 11. Mai 1864 § 30. Vgl. Goldschmidt, Handb. II, 2 S. 819 ff.; Endemann in seinem Handb. II 95 ff.; Thöl, H.R. I § 234.

[44] Schweiz. O.R. Art. 205 ff. (inhaltlich wiederkehrend im Schweiz. Entw. Art. 976 ff.). Vorher Luzerner Gb. § 254—258, Soloth. § 745—747, Zürch. § 651—656, Glarner § 228—232, Basler Ges. v. 7. März 1864. Vgl. Carlin a. a. O. S. 65 ff.

[45] B.G.B. § 932—936. Vgl. Motive III 344 ff.; Dernburg III § 102; Cosack § 198—199; Endemann II § 81.

[46] So schon Nürnb. Ref. v. 1522 t. 23 § 7 u. 9, t. 29 § 2, v. 1564 t. 20 § 2 s. 5 u. § 5; Frankf. Ref. II, 2 § 2; Lüneb. Ref. II t. 2 s. 3—4; Lauenburger Stadtr. III, 1. Auch im gemeinen Sachsenrecht gab man schon seit dem 16. Jahrh. den Satz „Hand wahre Hand" auf; Haubold § 188, Emminghaus S. 586 Nr. 8—10, f. Thüringen Heimbach § 188 u. Sachse § 287, f. Braunschweig Steinacker § 176, f. Holstein Paulsen § 31. Bayr. R. b. Roth II § 149. Württemb. R. b. Reyscher II § 295. Hannov. R. b. Grefe § 38.

[47] Preufs. A. L.R. I, 15 § 1, 17 ff., 42 ff.; Förster-Eccius III § 180; Dernburg, Preufs. P.R. I § 248.

[48] Sächs. Gb. § 295—297, 314—315.

Digitized by Google

weit hier dem deutschen Rechtsgedanken durch Versagung der Eigentumsverfolgung in Ausnahmefällen oder durch Einräumung eines Lösungsanspruches an den redlichen Erwerber Rechnung getragen wurde, traf die Beschränkung den Eigentümer auch im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes[49]. Auf diesem Wege ging namentlich das preufsische Landrecht über das deutsche Recht, hinter dem es auf der einen Seite zurückblieb, auf der anderen Seite weit hinaus, indem es gewissen Erwerbsarten gegenüber jede Eigentumsverfolgung abschnitt[50] und allgemein dem entgeltlichen redlichen Erwerber einen Lösungsanspruch verlieh[51]. Das sächsische Gesetzbuch begnügte sich mit einem in besonderen Fällen gewährten Lösungsanspruch[52].

b. Bei unfreiwilligem Besitzverlust blieb nach allen deutschrechtlichen Ordnungen die Eigentumsverfolgung gegen Dritte grundsätzlich zulässig[53]. Die Behauptung des unfreiwilligen Besitzverlustes wurde nach dem Vorgange des deutschen Rechts als Bestandteil des Klagegrundes behandelt; nur das österreichische Gesetzbuch verschob die Beweislast[54].

Ausnahmen älterer und jüngerer Herkunft wurden zugunsten des redlichen Erwerbers teils wegen der Beschaffenheit gewisser Sachen, teils wegen der Publizität der Erwerbsart gemacht[55]. In

---

[49] So bei den Einschränkungen der Vindikation von Inhaberpapieren (oben § 112 Anm. 53) und Geld (Preufs. L.R. I. 15 § 45—46, Sächs. Gb. § 296); ferner bei dem Lösungsanspruch, den manche Partikularrechte gewährten (z. B. Wormser Ref. III, 2 t. 22 auf die Hälfte, unter Umständen auf das Ganze, vgl. H. Meyer S. 300 ff.) und auch die gemeinrechtliche Praxis vielfach mindestens dann zugestand, wenn der Eigentümer ohne den Ankauf vermutlich die Sache eingebüfst hätte (Struben, Rechtl. Bed. III, 4, Bertram, Nassau. P.R. § 168); endlich bei den Ausnahmen zugunsten der Leihhäuser (Goldschmidt S. 818 Anm. 58—59, S. 900 Anm. 19, Stobbe-Lehmann § 93 Anm. 19).

[50] Beim Kaufe vom Fiskus, in öffentlicher Versteigerung oder im Laden eines gildenmäfsigen Kaufmanns; a. a. O. § 42—43.

[51] A. a. O. § 25, 26, 44.

[52] Beim Erwerbe in öffentlicher Versteigerung oder im Mefs- oder Marktbetriebe von einer zum Handel befugten Person; § 315. Aufserdem im Falle des § 314 (gemäfs Decis. Saxon. v. 1661 Nr. 90).

[53] Doch versagt sie das Lüb. R. IV, 1 Art. 3, wenn die Sache durch drei Hände gegangen ist; vgl. H. Meyer S. 93. Nach Code civ. Art. 2279 u. Schweiz. O.R. Art. 223 ist sie drei Jahre lang zulässig; nach dem Schweiz. Entw. Art. 977 Abs. 1 fünf Jahre lang.

[54] Österr. Gb. 366; ebenso Luzerner Gb. § 255. — Dagegen verlangt das Hamb. Stadtr. II, 8 Art. 8 den Beweis vom Kläger; ebenso Glarner Gb. § 232.

[55] So erhielten sich im Hamb. Stadtr. II, 19 Art. 2—3 u. Lüb. R. VI, 5

Digitized by Google

das gemeine deutsche Recht ging die Gleichstellung des unfreiwilligen und des freiwilligen Besitzverlustes bei Geld, Inhaberpapieren und Wechseln oder anderen Orderpapieren, sowie bei dem Erwerbe in öffentlicher Versteigerung über[56]. Das österreichische Gesetzbuch begünstigt in gleicher Weise neben dem Erwerbe in öffentlicher Versteigerung jeden Erwerb von einem zum Verkehr mit derartigen Sachen befugten Gewerbsmann[57].

Andere Gesetze begünstigen gewisse Arten des offenkundigen Erwerbes dadurch, dafs, wenn die Sache gestohlen oder verloren war, der redliche Erwerber zwar nicht gegen den Eigentumsanspruch geschützt ist, aber einen Lösungsanspruch hat[58]. So verhält es sich nach französischem und schweizerischem Recht bei dem Erwerbe in öffentlicher Versteigerung, auf dem Markte oder von einem mit solchen Sachen handelnden Kaufmann[59]. Allgemein wollte Entw. I dem redlichen Erwerber einen Lösungsanspruch gewähren; das B.G.B. aber kennt einen Lösungsanspruch überhaupt nicht[60].

c. Bei freiwilligem Besitzverlust gilt nach den deutschrechtlichen Ordnungen der Satz „Hand wahre Hand“, so dafs der Eigentümer grundsätzlich die Herausgabe der Sache vom dritten Erwerber nicht fordern kann[61]. Nur vereinzelt, wie im

---

§ 4—5 Beschränkungen der Eigentumsverfolgung an den über See eingeführten Sachen. Dazu traten die Sonderbestimmungen für Inhaberpapiere (oben § 112 Anm. 53—58) und die Leihhausprivilegien.

[56] H.G B. Art. 307 u. B.G.B. § 935 Abs. 2. W.O. Art. 74 mit H.G.B. § 365 (oben § 111 V S. 146).

[57] Österr. Gb. § 367 (nach dem Vorbild des Cod. Ther. II 8 Nr. 45). Ebenso Luzerner Gb. § 371.

[58] So das Zürch. Gb. § 655 beim Erwerbe in öffentlicher Versteigerung oder auf dem Markte. Sonst fiel das Marktprivileg (oben Anm. 20) meist weg; Stobbe a. a. O. § 93 Anm. 15. Über die Aufhebung des Judenprivilegs oben Bd. I 440 Anm. 22, H. Meyer S. 240 ff.

[59] Code civ. Art. 2280. Schweiz. O.R. Art. 223 (ähnl. Schweiz. Entw. Art. 977 Abs. 2, wo aber die Übertragung „in einem Laden von Waren gleicher Art“ an die Stelle gesetzt ist).

[60] Entw. I § 939; dazu Motive III 417 ff. — Über die Ausnahmen zugunsten der Leihhäuser unten § 170 a. E.

[61] So nach den oben Anm. 40—45 angef. Gesetzen bis auf die in der folg. Anm. genannten. — Von den Ausnahmen erhielt sich die für Seeschiffe (Goldschmidt, H.R. I, 2 S. 831 ff., Balt. P.R. Art. 295). Ferner oft das Sonderrecht für die von Handwerkern veräußerten Sachen; Lüb. R. III, 3 Art. 17; Hamb. St. II, 9 Art. 18; Schweiz. R. b. Huber IV 750, vgl. Glarner Gb. § 230, Zürch. § 653; Balt. P.R. Art. 926. Insbesondere aber wurde meist,

Digitized by Google

lübischen Recht und im früheren Züricher Gesetzbuch, wurde der Schutz des redlichen Erwerbers zu einem Lösungsanspruch abgeschwächt[62].

d. Guter Glaube des Erwerbers wurde fast überall durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung zum Erfordernis jedes Schutzes gegen den Eigentumsanspruch erhoben[63]. Nur das französische Gesetzbuch enthält seinem Wortlaute nach keine derartige Einschränkung des Satzes „Hand wahre Hand"; überwiegend aber wird auch hier die Vindikation gegen den unredlichen Erwerber zugelassen[64]. Den Mangel des guten Glaubens hat der Eigentümer, der sein Eigentum verfolgt, obschon er sich auf unfreiwilligen Besitzverlust nicht beruft oder nicht berufen darf, zu behaupten und zu beweisen[65].

Das österreichische Gesetzbuch schützt nur den redlichen entgeltlichen Erwerb[66]. Soweit der Schutz des redlichen Er-

wenn die Sache beim Vertrauensmann gestohlen war, auch dem Eigentümer die Klage gegen Dritte gegeben; v. Wilmowski, Lüb. R. in Pommern S. 83 ff.; Schweiz. R. b. Huber IV 748 Anm. 36. Die neueren Gesetze, die gleich dem Cod. civ. und dem H.G.B. den Satz „Hand wahre Hand" für unanwendbar auf „gestohlene und verlorene Sachen" erklären, verstehen darunter offenbar auch die beim Vertrauensmann abhanden gekommenen Sachen. Für das Österr. R. ergibt sich Gleiches aus der Fassung des § 367.

[62] Revid. lüb. R. III, 2 Art. 2 (dazu oben Anm. 38); Zürch. Gb. § 652; vgl. auch Schweiz. R. b. Huber IV 749 u. Balt. P.R. Art. 924 (nach esthländischem Stadtrecht).

[63] Ausdrücklich fordert zuerst das Hamb. Stadtr. II, 2 Art. 7 „guten Titel", worin das Erfordernis des guten Glaubens eingeschlossen ist; Gries, Komm. II 214, Baumeister I 248 ff., Seuff. XLVII Nr. 9. Vgl. ferner Schweiz. R. b. Huber IV 749 Anm. 37. Österr. Gb. § 367. H.G.B. Art. 306. Schweiz. O.R. Art. 224. Code civ. Ital. Art. 707. — H. Meyer S. 293 ff. erblickt in der Einführung des Rechtsschutzes für den gutgläubigen Erwerber die einschneidendste Veränderung des germanischen Rechts, das nur Nachteile des unredlichen Erwerbes gekannt hatte. Allein soweit der Satz „Hand wahre Hand" fortgalt, ist eine fundamentale Verschiebung, die den guten Glauben zum selbständigen Erwerbsgrund erhoben hätte, nicht eingetreten. Ganz unhaltbar ist die umgekehrte Ausführung von Zycha a. a. O. S. 134 ff., daſs schon im alten Recht die freiwillige Weggabe der Gewere nur Voraussetzung für den Rechtserwerb durch qualifizierte Besitzerlangung gewesen sei.

[64] Renaud a. a. O. S. 140 ff.; Goldschmidt, Z. f. H.R. VIII 284 Nr. 7; Laurent XXXII Nr. 559 ff.; v. Tuhr, Z. f. französ. C.R. XXX 538 ff. — Abweichend R.Ger. XXVIII Nr. 88, XXXV Nr. 83 S. 338.

[65] Österr. Gb. § 368. Ebenso verstand die Praxis H.G.B. Art 306; R.O.H.G. XV 243, R.Ger. VI 22, 86. — Das Gegenteil wollte Entw. I § 877 bestimmen; Motive III 346 ff.

[66] Österr. Gb. § 367. Ebenso Luzerner Gb. § 256.

Digitized by Google

werbes in Gestalt eines Lösungsanspruches auftritt, ist Entgeltlichkeit des Erwerbes selbstverständliche Voraussetzung[67].

e. Der Wirkung nach erschienen seit der Rezeption die deutschrechtlichen Einschränkungen der Fahrnisverfolgung als Versagungen oder Beschränkungen der Vindikation. An diesem Ausgangspunkte hält das französische Recht fest[68].

Mehr und mehr indes wurde als Folge des Ausschlusses der Eigentumsverfolgung der Erwerb und Verlust des Eigentums selbst angenommen[69]. Im preufsischen Landrecht, im österreichischen Gesetzbuch und in der Wechselordnung wird zwar noch die Versagung der Eigentumsklage vorangestellt, jedoch zugleich ausgesprochen oder vorausgesetzt, dafs hiermit das Eigentum übergeht[70]. Zuerst das Handelsgesetzbuch wandelte grundsätzlich die Regel „Hand wahre Hand" in eine Vorschrift über Erwerb und Verlust des Eigentums um. Ihm folgten das schweizerische Obligationenrecht und das deutsche Gesetzbuch.

Mit dieser Fortbildung des Satzes „Hand wahre Hand" wird dessen relative Wirkung zur absoluten Wirkung gesteigert[71]. Zugleich aber wird die Wirkung von einem gehörigen Erwerbstitel abhängig[72]. Je nach der Beschaffenheit dieses Erwerbstitels wird trotz des Mangels im Rechte des Vorgängers entweder Eigentum oder begrenztes dingliches Recht oder Befreiung von dinglichen

---

[67] Doch hat in den esthländ. Städten auch der redliche Geschenknehmer Anspruch auf Wertersatz; Balt. P.R. Art. 924.

[68] Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 539 ff.

[69] Die älteste Bestimmung, die ausdrücklich dem redlichen Erwerber den Eigentumserwerb Macht Rechtes zuspricht, begegnet im Cod. Ther. II 8. Vgl. Krasnopolski a. a. O. S. 12 ff., Wellspacher S. 639, 665 ff.

[70] Vgl. die Verweisung des Preufs. L.R. I, 10 § 3 auf I, 15 § 42 ff.; Österr. Gb. § 367; W.O. Art. 74 mit Art. 36.

[71] Daher mufs der, dessen Sache der Vertrauensmann einem redlichen Dritten veräufsert hat, die von ihm durch einen Zufall ohne neue Eigentumsübertragung zurückerlangte Sache dem Dritten wieder herausgeben, während er nach Code civ. Art. 2279 gegen dessen Vindikation geschützt ist; vgl. das Beispiel bei v. Tuhr S. 540. Andererseits erwirbt durch Übereignung seitens des redlichen Erwerbers auch der Eigentum, der weifs, dafs es sich um eine unterschlagene Sache oder ein gestohlenes Inhaberpapier handelt (R.Ger. b. Seuff. XLVI Nr. 209), während er nach Code civ. Art. 2279, insofern guter Glaube gefordert wird, der Vindikation ausgesetzt bleibt.

[72] So schon Hamb. Stadtr. oben Anm. 63. Österr. Gb. § 367. H.G.B. Art. 306 („veräufsert und übergeben"). Schweiz. O.R. Art. 221. Das französ. R. fordert keinen Titel: „en fait de meubles la possession vaut titre"; vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 541.

Digitized by Google

Einschränkungen oder Lasten oder Rechtsvorrang erworben. Der geschädigte Berechtigte erleidet, indem sein Eigentum oder dingliches Recht untergeht oder belastet oder geschwächt wird, einen endgültigen dinglichen Rechtsverlust. Er behält nur persönliche Ansprüche auf Schadenersatz aus unerlaubter Handlung und auf Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung [73].

II. Geltungsbereich. Der Schutz des Erwerbes vom Scheinberechtigten deckt nach dem B.G.B. alle Fälle rechtsgeschäftlicher Veräufserung und Belastung von Fahrnis. Er tritt auch ein, wenn die rechtsgeschäftliche Willenserklärung durch die Verurteilung zu ihrer Abgabe oder die Übergabe der Sache durch die Wegnahme seitens des Gerichtsvollziehers ersetzt wird [74], und durchbricht zugunsten des Erwerbers einer im Streit befangenen Sache die Wirkung des rechtskräftigen Urteils wider den Rechtsnachfolger der Partei [75]. Dagegen erstreckt er sich nicht auf die Fälle eines nicht rechtsgeschäftlichen dinglichen Erwerbes [76].

III. Erwerb des Eigentums vom Nichteigentümer. Veräufsert Jemand eine ihm nicht gehörige Sache, so erlangt der Erwerber das Eigentum, wenn alle Erfordernisse einer wirksamen Eigentumsübertragung erfüllt sind und aufserdem drei weitere Voraussetzungen zutreffen.

1. Es mufs ein voller Besitzwechsel stattgefunden haben, somit entweder die leibliche Übergabe vollzogen oder doch für diese ein gleichwertiger Ersatz beschafft sein. Nicht jeder Ersatz der Übergabe, der zur Übertragung des Eigentums durch den Eigentümer hinreicht, genügt zur Überleitung von fremdem Eigentum durch den Scheineigentümer. Vielmehr werden hier strengere Anforderungen gestellt: der Veräufserer mufs einen ihn legitimierenden Besitz gehabt und diesen Besitz vollständig zugunsten des

---

[73] Insbesondere hat er nach B.G.B. § 816 auch gegen den Dritten, falls dieser unentgeltlich erworben hat, einen persönlichen Anspruch auf Zurückübertragung des Eigentums oder sonstige Rechtswiederherstellung. — Über bisheriges Recht R.Ger. XL Nr. 79.

[74] C.Pr.O § 897 u. § 898 mit § 894.

[75] C.Pr.O. § 325 (auch beim Erwerb eines von einer der Parteien oder ihrem Rechtsnachfolger abgeleiteten Lehnbesitzes).

[76] Daher auch nicht auf den Fall der Pfändung einer fremden Sache. So war auch H.G.B. Art. 307 einzuschränken; R.Ger. XXVI Nr. 21. Ebenso erwarb nach Preufs. L.R. der redliche Pfänder keinen Lösungsanspruch; R.Ger. XXII Nr. 54. — Dagegen erlangte nach Hamb. Stat. II, 2 Art. 7 der gutgläubige Pfänder einer dem Schuldner anvertrauten Sache Pfandrecht; O.L.G. Hamb. b. Seuff. XLVII Nr. 9, R.Ger. XXXIX Nr. 39.

Digitized by Google

Erwerbers aufgegeben, der Erwerber mufs Besitz erworben und diesen Besitz vom Veräufserer erlangt haben.

Die Besitzzuweisung durch den besitzenden Nichteigentümer ist im Sinne des B. G. B. als geeignetes Übereignungsmittel anzusehen. Denn sie überträgt unmittelbaren Besitz. Dabei ist jedoch zu beachten, dafs im Falle der Doppelveräufserung durch Besitzzuweisung der zweite redliche Erwerber Eigentum nicht erwirbt, da durch den ersten Besitzvertrag der Besitz übergegangen war und somit beim zweiten Besitzvertrage der Veräufserer nicht mehr besafs [77]. Fraglich aber bleibt, ob der erste redliche Erwerber sein Eigentum nicht wenigstens dann wieder einbüfst, wenn der zweite redliche Erwerber durch leibliche Übergabe den Besitz erlangt, bevor der neue Eigentümer sich die eine solche Übergabe ausschliefsende tatsächliche Gewalt verschafft hat [78].

Die Willenseinigung mit dem bisherigen Besitzer genügt zur Übereignung durch den Nichteigentümer, wenn der besitzende Erwerber den Besitz vom Veräufserer (oder seinem Erblasser) erlangt hatte, somit eine frühere Übergabe zu Lehnbesitz durch Besitzauflassung vervollständigt oder eine frühere Übergabe zu Eigenbesitz bestätigt wird [79]. Hatte dagegen der Erwerber den Besitz von einem Anderen erlangt oder einseitig ergriffen, so er-

[77] Dies folgt aus § 852 Abs. 2. Hat z. B. A in seinem Besitz befindliches Holz, das offen im Walde lagert, durch bloßen Besitzzuweisungsvertrag an B und am nächsten Tage an C übereignet, so ist C, weil A nicht mehr besaß, überhaupt nicht Besitzer und somit auch nicht Eigentümer geworden.

[78] Man nehme an, in dem soeben angeführten Falle sei A, bevor B das Holz abgeholt hatte, mit C in den Wald gegangen und habe ihm tradiert. Oder, was einer leiblichen Übergabe gleichkommen würde, C habe gemäß der Ermächtigung durch A das Holz zuerst abgeholt. Kein Zweifel, daß nun C Besitz erlangt hat und somit, guten Glauben vorausgesetzt, auf Grund der Veräußerung und Übergabe seitens des Nichteigentümers A Eigentum erwerben konnte. Allein sein Eigentumserwerb scheint daran zu scheitern, daß B, der ja Besitzer war, den Besitz unfreiwillig durch eigenmächtige Wiederinbesitznahme des A verloren hat, das Holz also dem Eigentümer „abhanden“ gekommen war. Ebenso verhält es sich, wenn A schon bei der Übereignung an B nicht Eigentümer war und das Holz von dem bisherigen wirklichen Eigentümer, der den Besitz zurückerlangt hatte, an C übergeben war. — Anders dagegen wäre jedenfalls in solchen Fällen zu entscheiden, wenn es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt.

[79] B.G.B. § 932 Abs. 1 S. 2. So bei der Übereignung an den bisherigen Pfandbesitzer, Mieter, Entleiher, Verwahrer; oder bei der Vereinbarung mit dem inzwischen volljährig gewordenen Veräußerer, daß das Eigentum an der von diesem während der Minderjährigkeit unwirksam veräußerten, aber übergebenen Sache nunmehr übergehen soll.

Digitized by Google

wirbt er zwar durch Übereignungsvertrag mit dem Eigentümer, nicht aber durch Übereignungsvertrag mit dem Nichteigentümer das Eigentum[80].

Die Besitzauftragung genügt nicht. So lange der Veräufserer Besitzer bleibt, verschafft dem Erwerber die Einräumung des mittelbaren Besitzes nur Eigentum, falls der Veräufserer Eigentümer war; erst mit dem Hinzutritt der leiblichen Übergabe ist der zum Erwerbe vom Nichteigentümer erforderliche volle Besitzwechsel vollzogen[81].

Die Anspruchsabtretung reicht aus, insofern sie zugleich als Besitzabtretung wirkt und somit einen mittelbaren Eigenbesitz des Veräufserers auf den Erwerber überträgt[82]. Andernfalls wird durch Abtretung des Herausgabeanspruchs der Erwerber zwar, wenn der Veräufserer Eigentümer ist, sofort, sonst aber erst dann Eigentümer, wenn er den Besitz vom dritten Besitzer erlangt[83].

---

[80] Wenn z. B. A dem B, der ihm eine von C entliehene Uhr zeigt, erklärt, die Uhr gehöre ihm, er mache sie aber dem B zum Geschenk, so erwirbt B zwar, wenn A wirklich der Eigentümer ist, nicht aber, wenn A irrte oder log, das Eigentum. Ebenso, wenn sich der Vorfall mit einem gefundenen Inhaberpapier abspielt. Hiernach erwirbt auch im Falle einer nach § 933 unwirksamen Übereignung mittels Besitzauftragung der fortbesitzende Veräufserer oder sein Besitznachfolger durch Rückveräufserung und Besitzauflassung nicht das Eigentum. So, wenn ein Kunsthändler einem Sammler ein ihm anvertrautes fremdes Gemälde unter Vereinbarung der Zurückbehaltung behufs weiterer Ausstellung verkauft hat und der Käufer es dem Erben des Kunsthändlers unter Aufgeben seines mittelbaren Besitzes zurückverkauft.

[81] B.G.B. § 933. So wurde mit Recht schon H.G.B. Art. 306 vom Reichsgericht ausgelegt; Entsch. XXVII Nr. 7, XXVIII Nr. 7. — Neue Willenseinigung ist nicht erforderlich. Der Übergabe gleich wirkt daher Bemächtigung, falls bei dem Konstitut der Erwerber ermächtigt war, die Sache jederzeit an sich zu nehmen; R.Ger. XXXIII Nr. 6.

[82] B.G.B. § 934. Bei der Übereignung durch Übergabe eines Warenpapiers ergibt sich die gleiche Rechtsfolge (R.Ger. XXVIII Nr. 7) nicht aus § 934, sondern schon aus § 932; oben § 133 Anm. 11.

[83] So z. B., wenn A eine Sache, die er bei B hinterlegt, B aber unterschlagen und an den bösgläubigen C veräufsert und übergeben hat, durch Anspruchsabtretung an D übereignet; D wird sofort Eigentümer, wenn A Eigentümer ist; war aber die Sache dem A von E anvertraut, so wird D erst Eigentümer, wenn D ihm die Sache herausgibt oder ihn als mittelbaren Besitzer anerkennt. Ebenso, wenn A ein ihm entwendetes Inhaberpapier, das der Bankier B unter Verabsäumung der erforderlichen Vorsicht angekauft hat, durch Abtretung des Anspruchs gegen B an C übereignet; gehört das Papier dem D, so verliert dieser sein Eigentum an C erst dann, wenn B das Papier an C herausgibt oder etwa für C in Verwahrung nimmt. In solchen Fällen wird der Besitzübergang vom Veräufserer auf den Erwerber nachträglich da-

Digitized by Google

Gleiche Anforderungen werden im Falle der Übereignung von Grundstückszubehör durch Auflassung und Eintragung an den zum Erwerbe des Eigentums an den dem Veräufserer nicht gehörigen Stücken erforderlichen Besitzerwerb gestellt[84].

2. Der Erwerber mufs bei dem Erwerbe in gutem Glauben sein. Dafs ihm der gute Glaube fehlte, hat der Gegner zu beweisen. Der gute Glaube mufs in dem Augenblicke vorhanden sein, in dem die Voraussetzungen für den Eigentumserwerb vom Nichteigentümer erfüllt sind[85]. Späterer Wegfall ist unschädlich.

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn er weifs oder ohne grobe Fahrlässigkeit wissen müfste, dafs der Veräufserer nicht Eigentümer ist[86].

---

durch zustande gebracht, dafs der Besitzer die vom Veräufserer beanspruchte Besitzherrschaft durch Befolgung seiner Anweisung herstellt. Darum genügt die Erlangung von mittelbarem Besitz; Gierke, Fahrnisbesitz S. 42 Anm. 1, Biermann zu § 934 Bem. 2, Kober Bem. 1 b. Darum aber hat Wegnahme der Sache oder sonstige einseitige Besitzverwirklichung durch den Erwerber keineswegs dieselbe Wirkung.

[84] B.G.B. § 926 Abs. 2 mit Verweisung auf §§ 932—936; oben § 131 I 5 c S. 521.

[85] Also bei leiblicher Übergabe auf Grund gültiger Willenseinigung zur Zeit der Übergabe, bei vorangegangener Übergabe zur Zeit der Willenseinigung (§ 932); bei Besitzauftragung zur Zeit der nachträglichen Übergabe (§ 933); bei Anspruchsabtretung, falls sie Besitzabtretung ist, zur Zeit der Abtretung, sonst zur Zeit der späteren Besitzerlangung (§ 934); bei Grundstückszubehör im Falle des § 926 Abs. 2 zur Zeit der Besitzerlangung. Vgl. R.Ger. XXXVIII Nr. 72. — Dafs aufserdem guter Glaube im Augenblick der etwa früheren Einigung vorhanden gewesen sein mufs, läfst sich nicht mit Biermann zu § 932 Bem. 2, § 933 u. § 934 Bem. 1 behaupten. Vgl. Cosack § 198 IV 1 c u. § 199 IV 2—4, Staub zu H.G.B. § 366 Anm. 26—28, Kober zu § 932 Bem. II 2, Planck zu § 934. — Bei aufschiebend bedingter Übereignung kommt es auf guten Glauben zur Zeit des Eintritts der Bedingung an; Biermann zu § 932 Bem. 2, Cosack § 198 IV 1 c, Planck zu § 932 Bem. 2; a. M. Dernburg § 103 Anm. 8.

[86] B.G.B. § 932 Abs. 2. Gleich steht gemäfs § 142 Abs. 2 Kennen oder grobfahrlässiges Nichtkennen der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts, auf das der Veräufserer Eigentum gründet, während im übrigen zweifellos der Erwerber das Eigentum erlangt, wenn auch der Eigentumserwerb des Veräufserers durch erfolgreiche Anfechtung rückwärts vernichtet wird; Biermann zu § 932 Bem. 6 f, Kober Bem. II 1 e, Planck Bem. 2, Neumann Bem. 4 d, Buhl S. 65, Cosack § 198 IV 1 a; a. M. Wendt, Arch. f. c. Pr. XXXIX 53 ff. — Eine Vermutung für unentschuldbare Fahrlässigkeit gilt zu ungunsten eines Bankiers, der ein abhanden gekommenes Inhaberpapier (aufser fälligen Nebenpapieren und auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Inhaberpapieren), obschon der Verlust im Reichsanzeiger bekannt gemacht ist, vor Ablauf eines Jahres

Digitized by Google

Weifs er oder mufste er wissen, dafs die Sache nicht dem Veräufserer gehört, so nützt es ihm nichts, wenn er in noch so entschuldbarem Irrtum an ein Recht des Veräufserers, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, glaubt[87]. Nur wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige Sache veräufsert oder verpfändet, steht der Glaube an das Verfügungsrecht dem Glauben an das Eigentum gleich[88]. Aufserdem wird im Falle eines im Wege der öffentlichen Versteigerung oder der gerichtlichen Vollstreckung vorgenommenen Pfandverkaufes der gute Glaube des Erwerbers an ein nicht bestehendes Pfandrecht oder an die Voraussetzungen einer rechtmäfsigen Pfandveräufserung geschützt[89]. Im übrigen kann sich der Erwerber auf guten Glauben an die Zustimmung des Eigentümers oder an Vertretungsmacht des Veräufserers oder an Verfügungsmacht über fremdes Vermögen nicht berufen, soweit ihm nicht allgemeine Bestimmungen über die Wirksamkeit gutgläubig angenommener derartiger Rechtsverhältnisse zu Hülfe kommen[90].

---

seit der Bekanntmachung ankauft oder in Pfand nimmt; H.G.B. § 367. Umgekehrt ist, wenn der Veräufserer durch einen unrichtigen Erbschein oder eine unrichtige Todeserklärung als Erbe des Eigentümers legitimiert wird, der Erwerber nur dann nicht in gutem Glauben, wenn er die Unrichtigkeit kennt; B.G.B. § 2366, 2370.

[87] A. M. Wendt a. a. O. S. 61 ff. Vgl. aber Planck vor § 932 Bem. 2, Biermann zu § 932 Bem. 6 g, Kober Bem. II 1 g, Endemann § 81 Z. 3 a, Cosack § 198 IV 1 a.

[88] H.G.B. § 366. So wurde auch bisher, insbesondere mit Rücksicht auf Veräufserungen durch Kommissionäre und Agenten, der nach H.G.B. Art. 306 erforderliche „redliche Erwerb“ verstanden. Vgl. indes Seuff. XXXVII Nr. 195.

[89] B.G.B. § 1244.

[90] So wird der Glaube an Vertretungsmacht für einen eingetragenen Verein, an handelsrechtliche Vertretungsmacht und an Verfügungsmacht eines Ehegatten über Sachen des andern Ehegatten oder über gemeinschaftliche Sachen unbedingt geschützt, wenn eine zur Eintragung bestimmte Tatsache nicht ins Vereinsregister, ins Handelsregister oder ins Güterrechtsregister eingetragen ist; B.G.B. § 68, 70, H.G.B § 15, B.G.B. § 1435. Unbedingt geschützt wird auch der auf das amtliche Zeugnis gegründete Glaube an Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers; B.G.B. § 2368. Umgekehrt kann sich auf gewisse gesetzliche Vorschriften, nach denen eine erloschene Vollmacht, ehemännliche Verfügungsmacht oder gesetzliche Vertretungsmacht als fortbestehend gilt, der Erwerber nicht berufen, wenn er den wahren Sachverhalt kennt oder auch nur aus Fahrlässigkeit nicht kennt; B.G.B. § 169, 173, 1424, 1682, 1893. Der Nachweis unverschuldeter Unkenntnis aber bricht in solchen Fällen auch die Kraft einer Eintragung ins Vereins- oder Handelsregister; B.G.B. § 68, 70, H.G.B. § 15.

Digitized by Google

3. Die Sache darf nicht dem Eigentümer oder seinem Besitzmittler abhanden gekommen sein[91]. Der unfreiwillige Besitzverlust schneidet den Eigentumserwerb vom Nichteigentümer für jeden gutgläubigen Dritten ab; er belegt die Sache zugunsten des Eigentümers mit einem dinglich wirksamen Banne[92]. Der Beweis, dafs ein den Eigentumserwerb hindernder unfreiwilliger Besitzverlust stattgefunden hat, ist vom Gegner zu erbringen[93].

Somit kommt der Schutz kraft des Satzes „Hand wahre Hand" dem redlichen Dritten hauptsächlich nur dann zu gute, wenn es sich um eine Sache handelt, deren Besitz der Eigentümer selbst oder sein Besitzmittler freiwillig aufgegeben hatte[94]. Doch deckt er auch die Fälle, in denen der Eigentümer die Sache überhaupt noch niemals besessen hatte oder die Sache zur Zeit der Übereignung herrenlos war[95].

[91] B.G.B. § 935. Über den Begriff vgl. oben § 115 Anm. 80 mit Anm. 74. Dafs abweichend vom alten deutschen Recht (oben Anm. 13) unfreiwilliger Verlust des Lehnbesitzers den Satz „Hand wahre Hand" aufser Anwendung setzt, entspricht der geschichtlichen Entwicklung (oben Anm. 61).

[92] Dieser Bann fällt weg, sobald die Sache in den wenn auch nur mittelbaren Besitz des Eigentümers oder seines Besitzmittlers zurückgekehrt ist; vgl. Cosack II 123. Man wird daher auch annehmen dürfen, dafs, wenn der Besitzmittler die ihm abhanden gekommene fremde Sache, indem er sie für die seine ausgibt, dem sie wiederbringenden Finder oder dem, der sie vom Diebe erworben hat, schenkweise oder verkaufsweise übereignet, der redliche Erwerber nach § 932 Abs. 1 S. 2 Eigentümer wird; dafs ebenso, wenn der Besitzmittler die ihm abhanden gekommene Sache durch Anspruchsabtretung übereignet, der redliche Erwerber nach § 934 das Eigentum erlangt, sobald ihn der Dritte in den Besitz setzt.

[93] Nur dies bedeutet die negative Fassung des § 935 Abs. 1; vgl. oben Anm. 54.

[94] Hauptfall bleibt die Veräufserung von anvertrautem Gut. Aber auch, wenn der Eigentümer Eigenbesitz übertragen hatte, ohne das Eigentum zu verlieren, kann ein Dritter vom gegenwärtigen Besitzer Eigentum erwerben. So z. B. an einer auf Grund eines nichtigen oder unwirksamen Übereignungsvertrages mit ausreichendem Willen übergebenen Sache. Auch wenn der Eigentümer den Besitz einseitig aufgegeben hatte, ohne das Eigentum einzubüfsen, steht dem Eigentumserwerbe des redlichen Dritten nichts entgegen. So z. B. im Falle einer wegen Mangels voller Geschäftsfähigkeit unwirksamen oder wegen Irrtums oder Drohung anfechtbaren Dereliktion. Vgl. oben § 115 Anm. 69, 71, 80.

[95] So den Erwerb vom Wilddiebe, mag man Eigentum des Jagdberechtigten oder Herrenlosigkeit annehmen; oben § 132 Anm. 27. Oder den Erwerb von dem, der die auf einen öffentlichen Weg gefallenen Äpfel (§ 911) oder das von der gestohlenen Kuh beim Diebe geworfene Kalb (Cosack S. 123) in Besitz genommen hat.

Digitized by Google

Die Sperre der abhanden gekommenen Sachen erleidet aber wichtige Ausnahmen. Sie gilt überhaupt nicht für Geld und Inhaberpapiere und fällt auch für andere Sachen weg, sobald sie im Wege der öffentlichen Versteigerung veräufsert werden[96].

IV. Eigentumserwerb vom unbefugt verfügenden Eigentümer. Die Regeln über den Erwerb vom Nichteigentümer finden in einer Reihe von Fällen entsprechende Anwendung, wenn der veräufsernde Eigentümer über seine Sache nicht oder nur beschränkt verfügen darf, der Erwerber aber den Mangel im Verfügungsrecht ohne grobes Verschulden nicht kennt. So, wenn die Veräufserung wider ein zum Schutze bestimmter Personen erlassenes gesetzliches oder behördliches Veräufserungsverbot verstöfst[97]; wenn der Eigentümer ohne Vorbehalt der durch eine schwebende Bedingung oder eine Befristung seinem Recht gesetzten Grenzen verfügt[98]; wenn der Vorerbe die Schranken seines Verfügungsrechts überschreitet[99]; wenn der Erbe eine der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegende Sache veräufsert[100]. In diesen Fällen erwirbt, falls eine gehörige Willenseinigung und ein ausreichender Besitzwechsel stattgefunden hat, der Erwerber das Eigentum so, wie zu erwerben er es seinem guten Glauben gemäfs erwarten durfte[101]. Keineswegs aber gilt das Gleiche in allen Fällen, in denen das Verfügungsrecht des Eigentümers ausgeschlossen oder beschränkt ist[102]. Und schlechthin ungeschützt ist der red-

---

[96] B.G.B. § 935 Abs. 2; oben Anm. 55—57. — Öffentliche Versteigerung im Sinne des B.G.B. ist nur eine solche, die unter öffentlicher Autorität erfolgt; Motive III 349.

[97] B.G.B. § 135—136; dazu E.G. Art. 61.

[98] B.G.B. § 161 Abs. 3, § 163. Vgl. oben § 133 Anm. 26—28.

[99] B.G.B. § 2113 Abs. 3 (Verschenkung), § 2129 (Verfügung nach Einsetzung eines Verwalters).

[100] B.G.B. § 2211 Abs. 2.

[101] Der gute Glaube mangelt hier insoweit, als der Erwerber die Schranke kennt oder ohne grobe Fahrlässigkeit kennen müfste. Traut er einem die Beschränkung verschweigenden Erbschein, so schadet ihm nur Kenntnis; § 2366. Im übrigen finden alle unter III entwickelten Regeln Anwendung.

[102] So erwirbt, wenn eine Ehefrau eingebrachtes Gut ohne die nach § 1395 erforderliche Einwilligung des Mannes veräufsert und nicht der Fall des § 1401 vorliegt, auch der kein Eigentum, der aus guten Gründen annimmt, die Frau sei unverheiratet oder die Sache gehöre zu ihrem Vorbehaltsgut. Verfügt die Frau über eine Sache, die bei gesetzlichem Güterstande ihr Vorbehaltsgut wäre, kraft Ehevertrages aber Eingebrachtes oder Gesamtgut ist, so ist der Erwerber zwar, wenn die Eintragung in das Güterrechtsregister unterlassen ist, durch § 1435 geschützt, nach erfolgter Eintragung aber gleich-

Digitized by Google

liche Erwerber gegenüber einem Mangel in der Verfügungsfähigkeit des Veräufserers.

V. Erlöschen der begrenzten dinglichen Rechte Dritter. Wer das Eigentum an einer beweglichen Sache durch Übereignung erwirbt, erwirbt es frei von jedem hierbei nicht vorbehaltenen dinglichen Recht, mit dem die Sache zugunsten eines Dritten belastet ist; das Recht des Dritten erlischt[103]. Diese Wirkung hat der Eigentumserwerb sowohl vom Eigentümer wie vom Nichteigentümer; er hat sie aber auch im ersteren Falle nur dann, wenn ein zum Erwerbe vom Nichteigentümer ausreichender Besitzwechsel stattgefunden hat[104]. Unerläfsliches Erfordernis ist auch hier guter Glaube des Erwerbers; hat er im mafsgebenden Zeitpunkt das Recht des Dritten gekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt, so erlischt das Recht des Dritten nicht[105]. Endlich darf die Sache dem Dritten nicht abhanden gekommen sein; Niefsbrauch und Pfandrecht erlöschen nicht, wenn der Eigentümer die von ihm selbst gewaltsam oder heimlich dem Niefsbrauchs- oder Pfandbesitzer weggenommene oder, nachdem sie diesem anderweit abhanden gekommen war, zufällig zurückerlangte Sache unter Verschweigung der Belastung übereignet[106].

---

falls ungeschützt. — Auch gegenüber dem durch Konkurseröffnung für den Gemeinschuldner eintretenden Verlust der Verfügungsmacht (K.O. § 6) hilft kein guter Glaube; v. Tuhr a. a. O. S. 545, Jäger zu K.O. § 7, Seuffert, Konkursproz. S. 173, Biermann zu § 932 Bem. 6 a, Kober Bem. I 2 b, Cosack § 198 IV 5, Düringer u. Hachenburg II 461; a. M. Wendt a. a. O. S. 26, 43, Endemann II 86 Anm. 17. Somit auch nicht gegenüber dem durch Anordnung der Nachlafsverwaltung für den Erben eintretenden Verlust der Verfügungsmacht; B.G.B. § 1984.

[103] B.G.B. § 936 Abs. 1 S. 1. — Auch in den oben Anm. 97—100 angeführten Fällen ist § 936 anwendbar.

[104] B.G.B. § 936 Abs. 1 S. 2—3. Somit erlischt ein Niefsbrauch oder Pfandrecht nicht, wenn der Eigentümer die damit belastete Sache einem Besitzer übereignet, dem sie ein Dritter, bei dem sie der Niefsbraucher oder Pfandgläubiger hinterlegt hatte, als eigne Sache geliehen oder vermietet hat; oder solange der Eigentümer die durch Besitzauftragung übereignete belastete Sache fortbesitzt; oder wenn der Eigentümer sein dem Pfandgläubiger gestohlenes Inhaberpapier durch Abtretung des Anspruchs gegen den unredlichen Besitzer übereignet und der Erwerber den Besitz nicht oder erst, nachdem er vom Pfandrecht erfahren hat, erlangt.

[105] B.G.B. § 936 Abs. 2. Auch hier mit den in Anm. 86 u. 88 vermerkten Besonderheiten.

[106] Während doch das Eigentum in diesen Fällen übergeht. Vgl. Cosack § 198 VII 2, Planck zu § 936 Bem. 4, Biermann Bem. 1, Kober Bem. 4, Staub zu H.G.B. § 366 Anm. 45; dazu R.Ger. I 257 ff.

Digitized by Google

Wird das Eigentum durch Anspruchsabtretung übertragen, so bleibt davon stets auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber ein Recht an der Sache unberührt, das dem unmittelbar oder mittelbar besitzenden Dritten zusteht[107].

VI. Erwerb begrenzter dinglicher Rechte vom Nichtberechtigten. Die Regeln über den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten finden auf den Erwerb begrenzter dinglicher Rechte an beweglichen Sachen entsprechende Anwendung. Davon ist beim Nießbrauch und beim Pfandrecht zu reden.

VII. Ergebnis. So bringt trotz aller Wandlungen, die das ursprüngliche deutsche Recht erfahren hat, das neue deutsche Recht die in der Publizitätsfunktion der Gewere wurzelnden Grundgedanken des germanischen Fahrnisrechtes wieder zur Geltung. Denn der wahre Rechtsgrund für den trotz des Mangels im Recht des Veräufserers heute eintretenden Rechtserwerb liegt in der Legitimationskraft des offensichtlichen Fahrnisbesitzes. Auf Grund seines Besitzstandes ist der Veräufserer befähigt, im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem Besitze zugleich das in ihm erscheinende materielle Recht zu verschaffen und so über fremdes Eigentum und sonstiges Sachenrecht wirksam zu verfügen[108]. Erforderlich ist dazu aufser einem im Sinne des Publizitätsprinzips ausreichenden Besitzwechsel guter Glaube des Erwerbers, da sich auf den Schein des Rechtes nur berufen darf, wer ihn nicht als blofsen Schein durchschaut oder bei einiger Sorgfalt durchschauen müfste. Allein nur Voraussetzung, nicht Rechtsgrund des Erwerbes ist der gute Glaube[109]. Darum nützt dem Erwerber alle Redlichkeit

---

[107] B.G.B. § 936 Abs. 3; dazu über den in diesem Falle auch einem blofs persönlichen Recht auf den Besitz durch § 986 Abs. 2 gewährten Schutz oben § 116 III 2 S. 261. — Auf den Fall der Übereignung durch Übergabe eines Warenpapiers beziehen sich diese Bestimmungen nicht; gerade hier wird es praktisch wichtig, dafs diese Übereignungsform nicht dem § 931 zu unterstellen, sondern nach § 929 zu beurteilen ist (oben § 115 IV 1 u. § 133 Anm. 11). Vgl. Staub zu H.G.B. § 365 Bem. 10, Düringer-Hachenburg II 469, Biermann zu § 936 Bem. 1.

[108] Vgl. oben Bd. I 279 Anm. 2; Hellmann, Vortr. § 12; Crome, B.R. I 313 ff.; Hellwig, Rechtskraft § 13, Zivilproz. I 275; Leonhard, Fahrniserwerb S. 109 ff.; Endemann, B.R. II § 81 S. 318 ff.; Cosack § 198 IV (jedoch mit unnötiger Zuhülfenahme einer Fiktion); Kober zu § 932 Bem. 4; Wendt a. a. O. S. 17 ff., 76; Pappenheim, Z. f. H.R. XLVI 525 ff. (der aber grundlos nur die translative, nicht auch die konstitutive Übertragung auf diese Weise erklären zu können meint).

[109] Dagegen behandelt Dernburg, B.R. III § 98, den guten Glauben als „Grundlage“ des Erwerbes. Insbesondere aber erblicken Romeick, Zur

Digitized by Google

nichts, wenn dem Veräufserer die Verfügungsmacht über das fremde Recht fehlte. Diese Verfügungsmacht aber verleiht nicht der Besitz schlechthin, sondern grundsätzlich nur der vom Berechtigten anvertraute und jedenfalls nicht der von ihm unfreiwillig verlorene Besitz. Denn gegen den, dem der Besitz entrissen oder sonst ohne sein Zutun entfremdet ist, soll sich die Kraft des Besitzes als Legitimationsmittel nicht kehren. Nur hinsichtlich gewisser zu fortwährendem Umlauf bestimmter Sachen und gegenüber dem durch hochgradige Publizität ausgezeichneten Erwerbe in öffentlicher Versteigerung legitimiert der Besitz schlechthin. Im Fahrnisrecht wie im Liegenschaftsrecht ist somit der Erwerb vom Nichtberechtigten kein ursprünglicher, sondern ein abgeleiteter Erwerb, der durch wirksame Verfügung eines Scheinberechtigten über fremdes Recht zu stande kommt; der Erwerber leitet formell sein Recht vom Nichtberechtigten her, ist aber materiell zugleich Rechtsnachfolger dessen, aus dessen Rechtsbereich sein Recht geschöpft ist[110].

§ 135. Ersitzung von Fahrnis.

I. Geschichte. Das deutsche Recht kannte eine Fahrnisersitzung nicht. Soweit es die Eigentumsverfolgung gegen den dritten Besitzer überhaupt zuliefs, zog es ihr grundsätzlich keine Zeitgrenze und schnitt sie nur in bestimmten Fällen durch eine

---

Technik III 35 ff., u. Regelsberger, Jahrb. f. D. XLVII 354 ff., unter völliger Ablehnung des Gedankens einer Verfügungsmacht des Unbefugten (oben § 119 Anm. 120) den Grund des Rechtserwerbes ausschliefslich im gutgläubigen Besitzerwerb. Regelsberger S. 372 ff. erneuert sogar die romanistische Umdeutung des germanischen Rechtsinstituts im Sinne einer sofortigen Ersitzung mit Ausschliefsung der res furtivae, wie sie schon die Motive III 342 (vgl. dagegen Gierke, Entw. S. 377) vortrugen. In ähnlicher Weise nimmt Zycha a. a. O. S. 134 ff. einen der Ersitzung vergleichbaren Rechtserwerb durch qualifizierte Besitzerlangung an, sucht dies aber in seltsamer Weise durch einen angeblichen allgemeinen Mangel der Eigentumskontinuität im germanischen Recht zu begründen; de lege ferenda tritt er folgerichtig für gänzliche Beseitigung des Unterschiedes zwischen weggegebenen und abhanden gekommenen Sachen ein (S. 144 ff.).

[110] So die in Anm. 108 Genannten. Ursprünglichen Erwerb dagegen nehmen Romeick a. a. O., Zycha a. a. O. u. besonders Regelsberger a. a. O. S. 354 ff. an. Desgleichen Planck zu § 932 Bem. 4 u. Kohler, Arch. f. b. R. XVIII 98. Aber auch, obschon er auf die Verfügungmacht des Nichtberechtigten zurückgreift, H. Lehmann b. Stobbe § 109 u. B.R. II § 58 Z. 3 u. 4. Vgl. im übrigen oben Bd. I 279 Anm. 2.

Digitized by Google

nach Jahr und Tag oder in noch kürzerer Frist eintretende Verschweigung des Rechts an der Sache ab[1].

Mit der Aufnahme der römischrechtlichen Ersitzung wurde auch die Eigentumsersitzung an beweglichen Sachen gemeines deutsches Recht[2]. Die ordentliche Ersitzung fordert Titel und guten Glauben und vollendet sich in drei Jahren, ist aber an gestohlenen und geraubten Sachen ausgeschlossen. Daneben gibt es eine aufserordentliche Ersitzung, die einen Titel nicht voraussetzt und der herrschenden Meinung nach auch an res furtivae möglich ist, jedoch erst in 30 (ausnahmsweise 40) Jahren vollendet wird.

Die Partikularrechte folgten meist dem gemeinen Recht[3]. Doch wichen sie von ihm vielfach in der Bestimmung der Fristen ab[4]. Auch wurden gestohlene und geraubte Sachen unter dem Einflusse des deutschen Rechts bisweilen jeder Ersitzung entzogen[5],

---

[1] Vgl. Stobbe I § 68 S. 651, II (Lehmann) § 112 B; H. Meyer, Entwerung § 21 u. 22. Verschweigung findet besonders statt an vererbter Fahrnis (Sachsensp. I Art. 28), Fundsachen (oben § 132 Anm. 56) und von auswärts eingeführten Sachen (oben § 134 Anm. 24).

[2] Oben § 116 V; Unterholzner, Verjährung S. 25 ff.; Windscheid, Pand. I § 176 ff.; Dernburg, Pand. I § 220 ff.

[3] Vgl. Roth, D.P.R. III § 249 ff.; Dernburg, Preufs. P.R. I § 173 ff.; Förster-Eccius § 177; Unger, Österr. P.R. I § 104; Krainz I § 207 ff.; Huber, Schweiz. P.R. III § 78; Erdmann II § 139.

[4] Bei der ordentlichen Ersitzung erhielt sich vielfach die Frist von Jahr und Tag. So im gemeinen Sachsenrecht, Haubold § 185 b, Curtius § 557a; Lüb. R. I, 8 Art. 8; Hadeler L.R. II, 18; Dithmars. L.R. Art. 89 § 1; Eiderstädt. L.R. III, 47 § 1; Liv- u. Esthländ. R. b. Erdmann II 173. Manche Gesetze aber fordern 5 Jahre (z. B. Zuger Gb. § 202), 10 Jahre (Aargauer Gb. § 851 ff., Soloth. § 753) oder 12 Jahre (Bündner Gb. § 204). Andere Gesetze bemessen die Frist ungleich gegenüber Anwesenden und Abwesenden. So Nürnb. Ref. XVI, 9 auf 3 oder 12 Monate, Frankf. Ref. II, 9 Art. 9 auf 6 oder 12 Monate, Lüneb. Ref. II, 9 auf Jahr und Tag oder 3 Jahre 3 Tage; Österr. Gb. § 1466 u. 1475 auf 3 oder 6 Jahre (6 Jahre nach § 1472 auch gegenüber juristischen Personen, doppelte Frist nach § 1476 bei Erwerb vom unechten oder unredlichen Besitzer); Preufs. L.R. I, 9 § 620—621 auf 10 oder 20 Jahre (20 Jahre nach § 624 auch bei Korporationssachen); Berner Gb. Art. 1033—1034, Luzerner Art. 782—783 ähnlich wie preufs. Recht. — Bei der außerordentlichen Ersitzung fordert das gemeine Sachsenrecht 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage, privilegierten Personen gegenüber 40 Jahre; Curtius § 558 a, 558 b, 559 b u. 559 c. Das Preufs. L.R. hat Fristen von 30, 40, 44 und 50 Jahren; I, 9 § 625—629, 648—649, 655—661. Das Österr. Gb. § 1477 fordert 30 oder 40 Jahre. Das Sächs. Gb. § 260 immer nur 30 Jahre.

[5] So nach Nürnb. Ref. v. 1522 XXIX, 2, v. 1564 XVI, 9, Frankf. Ref. II, 9 Art. 9, Aargauer Gb. § 852. Allgemein heifst es in der CCC Art. 20:

Digitized by Google

bisweilen aber auch der ordentlichen Ersitzung unterworfen[6]. Unbekannt blieb jede Fahrnisersitzung dem französischen Recht[7].

Das bürgerliche Gesetzbuch hat, da angesichts der Vorschriften über den Erwerb des Eigentums vom Nichtberechtigten die ordentliche Ersitzung des bisherigen Rechtes nicht mehr als erforderlich erschien, eine einheitliche Fahrnisersitzung eingeführt, die im wesentlichen der aufserordentlichen Ersitzung des gemeinen Rechts entspricht, sich aber schon in zehn Jahren vollendet[8]. Diese Ersitzung ist vor allem auf abhanden gekommene Sachen mit Einschlufs gestohlener und geraubter Sachen berechnet[9]. Sie greift aber auch in anderen Fällen Platz, wenn der Besitzer in redlicher Weise Eigenbesitz erworben hat, ohne damit sofort das Eigentum zu erlangen[10].

---

es „kann an gestohlener oder geraubter Habe durch einige Länge der Zeit kein Gewere ersessen werden". Hiernach schließen Manche auch für das gemeine Recht jede Ersitzung aus; so v. Vangerow, Pand. § 325 Anm. 1, Wächter, Pand. § 137 Anm. 16, Delbrück, Dingl. Klage S. 216 ff., Stobbe II § 112 Anm. 26. Vgl. aber Unterholzner § 60, Roth § 250 Anm. 9, Dernburg, Pand. I § 222 Z. 3.

[6] So nach Preuß. L.R. I, 9 § 584 ff. in der Hand des zweiten redlichen Erwerbers, während der erste redliche Erwerber erst in 40 Jahren ersitzt (§ 648). Unbedingt nach Sächs. Gb. § 261, Zürch. Gb. § 642 ff.

[7] Zachariae-Crome I § 195. Schweiz. R. b. Huber III 194 ff.

[8] B.G.B. § 937—945. Vgl. Dernburg III § 106; Endemann II § 182; Cosack § 207. — Ähnlich, aber mit fünfjähriger Frist, Schweiz. Entw. § 721. — Über die Fortsetzung einer am 1. Januar 1900 begonnenen Ersitzung vgl. E.G. Art. 185 mit Art. 169 zum B.G.B. und dazu Niedner zu Art. 185 und Habicht a. a. O. § 42. Es gilt das oben Bd. I 208 Bemerkte, so daß die noch nicht vollendete Ersitzung auch dann, wenn sie sich auf einen Titel stützt, der nach dem B.G.B. sofort Eigentum verschafft hätte, von der Verlängerung der Ersitzungsfrist betroffen wird, während eine begonnene außerordentliche oder sonst erschwerte Ersitzung für den Fall, daß sie nach zehn Jahren seit dem 1. Januar 1900 noch nicht vollendet wäre, eine Fristverkürzung erfährt.

[9] Auch auf Sachen des Staats und der Gemeinden und anderer bisher privilegierter Personen findet sie Anwendung. So jetzt auch Biermann vor § 936 Bem. 5 (anders 1. Aufl. S. 80).

[10] So bei einer Übereignung seitens eines Minderjährigen, einer dazu nicht befugten Ehefrau oder eines Falschvertreters; oben § 134 Anm. 90 u. 102. Oder beim Erwerbe mittels Besitzauftragung oder Bestätigung eines nicht vom Veräußerer herrührenden Besitzes; oben § 134 Anm. 80 u. 81. Ebenso bei gutgläubiger einseitiger Besitzergreifung, z. B. an einer irrtümlich für herrenlos gehaltenen oder verwechselten Sache. Hierher gehört es auch, wenn der Erbe sich in den Eigenbesitz einer im Nachlaß vorgefundenen fremden Sache setzt; oben § 115 Anm. 61.

Digitized by Google

Zugleich mit der Ersitzung wurde die römische Verjährung der Eigentumsklage aufgenommen. Nach manchen Gesetzen dient eine abgekürzte Klagenverjährung nach Art der alten Verschweigung als Ersatz der Ersitzung[11]. Das B.G.B. unterwirft unabhängig von der Ersitzung den Eigentumsanspruch seiner dreifsigjährigen Anspruchsverjährung, so dafs ein Zustand eintreten kann, bei dem der Besitzer zwar nicht ersessen hat, dem Eigentümer aber jedes Mittel fehlt, die Sache zurückzuerlangen[12].

II. Erfordernisse. Die Fahrnisersitzung des neuen Rechts fordert keinen Titel, sondern nur zehnjährigen gutgläubigen Eigenbesitz.

1. Der Besitz mufs während der ganzen Ersitzungszeit als Eigenbesitz bestanden haben. Ist aber Eigenbesitz für den Anfang und das Ende eines Zeitraums nachgewiesen, so wird vermutet, dafs auch in der Zwischenzeit Eigenbesitz bestanden habe[13]. Mittelbarer Eigenbesitz genügt. Unfreiwilliger Besitzverlust unterbricht die Ersitzung nicht, falls der Ersitzende innerhalb eines Jahres oder doch mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage den Eigenbesitz zurückerlangt[14].

2. Der gute Glaube mufs beim Erwerbe des Eigenbesitzes vorhanden gewesen sein und die ganze Ersitzungszeit hindurch angedauert haben. Der gute Glaube beim Erwerbe des Eigenbesitzes ist ausgeschlossen, wenn dem Erwerber zu dieser Zeit bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dafs ihm das Eigentum nicht zusteht. Dagegen geht nach Beginn der Ersitzung der gute Glaube nur verloren, wenn der Besitzer positiv erfährt, dafs er nicht Eigentümer ist. Die Beweislast trägt der Eigentümer; er hat zu beweisen, dafs dem Besitzer der gute Glaube fehlte[15].

---

[11] So nach Code civ. Art. 2279 u. Schweiz. O.R. Art. 223; oben § 134 Anm. 53. Vgl. Lüb. R. I, 8 Art. 1; Altonaer R. b. Paulsen § 66.

[12] So, wenn beim Ablaufe von 30 Jahren der unredliche Besitzer oder der eine fremde Sache fortbesitzende Erbe noch nicht verklagt ist. Das Eigentum kann wieder praktisch werden, wenn z. B. die Sache dem Besitzer gestohlen wird. Denn gegen den nunmehrigen Besitzer ist der Eigentumsanspruch nicht verjährt.

[13] B.G.B. § 938 (olim et hodie possessor, interim possessor). Im übrigen ist nicht blofs der Besitz, sondern auch seine Beschaffenheit als Eigenbesitz beweisbedürftig; Biermann zu § 937 Bem. 2, Planck Bem. 2a, Kober Bem. 2a, Buhl § 13 S. 67; a. M. Dernburg § 106 II 1, Kuhlenbeck zu § 937 Bem. 1.

[14] § 940 Abs. 2. Ebenso Schweiz. Entw. § 721 Abs. 2.

[15] § 937 Abs. 2. Natürlich ist hier der gute Glaube nicht schon durch

Digitized by Google

3. Die zehnjährige Ersitzungszeit mufs abgelaufen sein. Doch wird dem Besitzer, der durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz gelangt ist, die während des Besitzes seines Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit angerechnet[16]. Und die Ersitzungszeit, die zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt, obschon Rechtsnachfolge nicht vorliegt, dem wahren Erben zu statten[17].

Der Beginn und der Lauf der Ersitzung sind gehemmt, so lange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ist oder nicht vollendet werden kann[18].

Die Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Ersitzende den Eigenbesitz verliert oder wenn gegen ihn oder seinen Unterbesitzer der Eigentumsanspruch gerichtlich geltend gemacht wird. Im zweiten Falle tritt jedoch die Unterbrechung nur zugunsten dessen ein, der sie herbeiführt. Endigt die Unterbrechung, so kann nur eine ganz neue Ersitzung beginnen, für die die frühere Ersitzungszeit nicht in Betracht kommt[19].

III. Wirkung. Die Wirkung der Ersitzung ist der Erwerb

Kenntnis des Nichteigentums des Veräufserers gemäfs § 932 Abs. 2 ausgeschlossen, sondern wird auch durch irrtümliche Annahme von Verfügungsrecht oder Vertretungsmacht begründet.

[16] § 943. Der Besitznachfolger setzt jedoch nicht die begonnene Ersitzung fort, sondern beginnt eine neue abgekürzte Ersitzung; er mufs daher den eignen Besitz gutgläubig ohne grobe Fahrlässigkeit erworben haben. Anders der Erbe, der in den Ersitzungsbesitz des Erblassers einrückt und nur, wenn er weifs, dafs die Sache nicht dem Erblasser gehörte, wegen mala fides superveniens zu ersitzen aufhört. Hiernach ist § 943 nur auf den Sondernachfolger zu beziehen; Dernburg § 106 II 3 b, Strohal, Erbrecht § 63 II 77, Binder, Die Rechtsstellung des Erben I 40 ff.; a. M. Endemann II 325, Buhl § 13 S. 68, Planck zu § 943 Bem. 2, Biermann Bem. 1, Kober Bem. a. — Mangel des guten Glaubens beim Vorbesitzer schliefst für den Sondernachfolger wie für den Erben eine Abkürzung der Ersitzungszeit aus. Auch mufs der Erbe, der in unredlichen Eigenbesitz sukzediert, beim Erwerbe des Eigenbesitzes alle Anforderungen an eignen guten Glauben erfüllen, um eine Ersitzung zu beginnen. Doch braucht er nicht, wie bei der Sukzession in Lehnbesitz, den er für Eigenbesitz hielt, erst eine Besitzentsetzung vorzunehmen.

[17] § 944. Der gute Glaube des Erbschaftsbesitzers braucht nur in Bezug auf die Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft, nicht in Bezug auf das eigne Erbrecht vorhanden zu sein; Protok. III 237, Cosack § 399 IV, Endemann § 82 Anm. 16, Buhl S. 70, Kober zu § 944, Dernburg § 106 Anm. 14; a. M. Biermann u. Planck zu § 944.

[18] § 939 mit § 202—207.

[19] § 940 Abs. 1, § 941—942 mit § 209—212, 216, 219, 220.

Digitized by Google

des Eigentums. Mit dem Erwerbe des Eigentums erlöschen zugleich die Rechte Dritter an der Sache. Doch müssen hinsichtlich jedes dinglichen Rechtes die Erfordernisse in Ansehung des guten Glaubens und des Ablaufes der Ersitzungszeit erfüllt sein. Die Ersitzung der Freiheit des Eigentums kann unabhängig von der Eigentumsersitzung vorkommen[30].

§ 136. Verbindung und Verarbeitung.

I. Verbindung[1]. Werden Sachen verschiedener Eigentümer so verbunden, daſs einer von ihnen oder allen die Fähigkeit abhanden kommt, Gegenstand eines besonderen Eigentums zu sein, so muſs ein Eigentumswechsel eintreten.

1. Dies ist nach dem B.G.B. stets der Fall, wenn eine bewegliche Sache durch Verbindung zum wesentlichen Bestandteil eines Grundstücks wird; das Eigentum an ihr erlischt und das Eigentum am Grundstücke erstreckt sich ohne weiteres auf den neuen Bestandteil[2].

So ergreift insbesondere das Grundeigentum das von einem Anderen auf dem Grundstücke errichtete Bauwerk. Während das deutsche Recht das Eigentum dem Erbauer zuschrieb[3] und neuere Gesetzbücher hieran festhielten[4], kehrt das B.G.B. grund-

---

[30] § 945; Motive III 356, Protok. III 238.

[1] Tobias, Eigentumserwerb durch Verbindung, Arch. f. c. Pr. XCIV 371 ff.

[2] B.G.B. § 946; oben § 103 I 2 a. Wird die Sache unwesentlicher Bestandteil, so geht das besondere Eigentum an ihr nicht unter; oben § 103 I 2 b.

[3] Den Nachweis erbringt gegen Stobbe, Beiträge zum D.R. S. 62 ff., M. Wolff, Grenzüberbau und Inädifikation S. 9 ff. Bei unbefugtem Bau konnte der Grundeigentümer Beseitigung und Ersatz fordern.

[4] Nach Preuſs. L.R. I, 9 § 327 ist der Erbauer stets, auch wenn er wissentlich auf fremdem Boden baut, Eigentümer des Gebäudes; der Grundeigentümer kann aber, wenn er um den Bau nicht gewuſst oder sofort nach Kenntnis Widerspruch erhoben hat, Abbruch verlangen oder nach seiner Wahl Übereignung des Gebäudes gegen Ersatz der Baukosten bis zur Wertvermehrung oder Erwerb des Bodeneigentums gegen Entschädigung fordern; wuſste dagegen der Grundeigentümer um den Bau und schwieg er, so erwirbt umgekehrt der Bauende von Rechts wegen auch das Eigentum an der bebauten Fläche und schuldet nur Wertersatz; vgl. Striethorst, Arch. XCIX 213 ff., R.Ger. I Nr. 66, X Nr. 69, XXXIII Nr. 57—58, Dernburg I § 236, M. Wolff S. 19. — Vgl. Code civ. Art. 553; Zachariae-Crome I 487 ff. — Eigentumserwerb am Baugrunde auch nach Österr. Gb. § 418 u. Schweiz. Ges. b. Huber III 178 ff.; vgl. M. Wolff S. 20 ff.

Digitized by Google

sätzlich zu der römischen Regel „superficies solo cedit" zurück[5]. Allein es durchbricht die römische Regel zugunsten deutschrechtlicher Anschauungen an mehreren Stellen. Denn einmal erlangt, wer auf fremdem Boden entweder ein nur für einen vorübergehenden Zweck bestimmtes Bauwerk oder aber in Ausübung eines Rechtes am Grundstücke irgend ein auch auf die Dauer berechnetes Bauwerk herstellt, das Eigentum am Bauwerk, weil dieses überhaupt nicht Bestandteil des Grundstücks wird[6]. Und sodann erstreckt sich insoweit, als nach Nachbarrecht ein Grenzüberbau geduldet werden mufs, das Eigentum an einem Gebäude auch auf dessen mit dem fremden Grundstücke verbundenen Teil[7].

Ebenso erstreckt sich das Eigentum an einem Grundstücke auf die von einem Anderen mit dem Grundstücke verbundenen Pflanzen. Nur an Pflanzen, die blofs zu einem vorübergehenden Zwecke dem Boden eingefügt sind, bleibt das bisherige Eigentum erhalten, weil sie nicht als Bestandteile des Grundstücks gelten[8].

Auch an fremden Baumaterialien, die zur Herstellung eines Gebäudes verwandt sind, geht das Eigentum zugunsten des Gebäudeeigentümers verloren[9]. Der Eigentumsverlust ist im Gegensatz zum gemeinen Recht hier wie in allen anderen Fällen endgültig[10].

2. Ein Eigentumswechsel wird ferner durch Verbindung beweglicher Sachen mit einander bewirkt, falls sie durch die Verbindung wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache

---

[5] Guter oder böser Glaube des Bauenden macht keinen Unterschied. — Natürlich kann der Grundeigentümer auch mit der Eigentumsfreiheitsklage Beseitigung eines unbefugt errichteten und in sein Eigentum gefallenen Bauwerks fordern.

[6] Oben § 103 III S. 45 ff.

[7] Oben § 126 II 7 S. 434 ff. Dagegen ist, wenn der Nachbar den Überbau wegen bösen Glaubens des Bauenden oder wegen erhobenen Widerspruchs nicht zu dulden braucht, das Eigentum nach der Grenzlinie räumlich geteilt. Ebenso das Eigentum an allen die Grenze überschreitenden Bauwerken, die keine Gebäude sind.

[8] Oben § 103 III 1 S. 45. Weitere Zugeständnisse sind hier dem abweichenden deutschen Recht (ebenda II b S. 40) nicht gemacht; oben S. 46 Anm. 36.

[9] Gemäfs § 94 Abs. 2. Anders an den einem Gebäude zu einem vorübergehenden Zweck eingefügten Sachen, da sie nach § 95 Abs. 2 keine Bestandteile sind.

[10] So auch Preufs. L.R. I. 9 § 336 ff. — Über das gemeinrechtliche Wiederaufleben des Eigentums nach erfolgter Trennung Windscheid I § 188, Dernburg, Pand. I § 208, Roth, D.P.R. III 201 ff., Sokolowski, Philosophie u. Privatrecht S. 112.

Digitized by Google

werden[11]. Einer solchen Verbindung steht eine untrennbare oder nur mit unverhältnismäfsigen Kosten trennbare Vermischung oder Vermengung gleich[12]. Hier tritt an Stelle des gesonderten Eigentums an den in ihrer Besonderheit untergegangenen Sachen ein nach deren Wertverhältnis in Anteile zerlegtes Miteigentum[13]. Nur wenn eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen ist, wird von ihrem Eigentümer das Alleineigentum an der erweiterten Sache fortgesetzt oder an der neuen Sache erworben[14]. Die im bisherigen Recht sonst gemachten Unterscheidungen sind dem B.G.B. fremd[15].

3. Die begrenzten dinglichen Rechte an verbundenen, vermischten oder vermengten Sachen teilen das Schicksal des Eigentums an der belasteten Sache. Sie gehen mit ihm unter; sie erstrecken sich mit ihm auf den der belasteten Sache einverleibten Bestandteil; sie gehen, wenn an seine Stelle Alleineigentum oder ein Miteigentumsanteil an einer neuen Sache tritt, im ersten Falle auf die neue Sache, im zweiten Falle auf den Anteil über[16].

---

[11] B.G.B. § 947. An unwesentlichen Bestandteilen besteht gesondertes Eigentum fort. So etwa, wenn ein Stein einem Ringe oder ein Bild einem Rahmen eingefügt, eine Laterne an einen Wagen geschraubt, eine Blume in einen Topf gepflanzt wird.

[12] B.G.B. § 948. Vermischung von Flüssigkeiten einschliefslich des Verschmelzens von Metallen; Vermengung von festen Körpern (Getreide, Samen usw.) einschliefslich der Vermengung von Geld. — Ist Trennung unschwer ausführbar, so bleibt das Eigentum gesondert und gewährt einen Absonderungsanspruch.

[13] Entscheidend ist der Wert zur Zeit der Verbindung, Vermischung oder Vermengung.

[14] Der Wortlaut von § 947 Abs. 2 paßt nur auf den Fall der Entstehung einer neuen Sache, während es viel häufiger vorkommt, daſs die Hauptsache dieselbe Sache bleibt und somit ihr Eigentümer ganz wie im Falle des § 946 Alleineigentum nicht „erwirbt", sondern behält. So, wenn Champagner mit fremden Korken verschlossen, ein Faſs Wein mit fremdem Wein aufgefüllt, dem Wein etwas fremder Alkohol oder Zucker zugesetzt, Gold mit fremdem Kupfer legiert wird. Vgl. oben § 131 Anm. 14.

[15] So die ungleiche Behandlung von Vermischung und Vermengung und die besondere Behandlung der Geldvermengung (oben § 107 Anm. 14) im gemeinen Recht; desgleichen die im Preuſs. R., im Österr. R. und in manchen schweiz. Ges. gewährten Wahlrechte. Vgl. Windscheid I § 189, Dernburg, Pand. I § 209—210, Sokolowski a. a. O. S. 114 ff., 204 ff.; Preuſs. L.R. I, 9 § 298 ff.; Code civ. Art. 552 ff.; Österr. Gb. § 414 ff.; Sächs. Gb. § 247 ff.; Roth, D.P.R. III 214 ff.; Huber III 183 ff. — Mit dem B.G.B. übereinstimmend Schweiz. Entw. § 720.

[16] B.G.B. § 949. — In entsprechender Weise müssen, wenn Sachen desselben Eigentümers vereinigt werden, die an einer von ihnen oder an allen

Digitized by Google

4. Die dingliche Rechtsänderung tritt stets von Rechts wegen als Folge der in der Sachenwelt vorgegangenen Veränderung ein. Darum ist es für sie bedeutungslos, auf welche Weise die Sachenvereinigung zu stande gekommen ist, ob durch reinen Naturvorgang oder durch Handlung, ob durch redliches oder unredliches Tun[17]. Auch ist sie immer endgültig.

Nur persönliche Ansprüche auf Ausgleichung können dem zustehen, der durch die dingliche Rechtsänderung einen Rechtsverlust erleidet. Ohne weiteres hat er gegen den, dem die Rechtsänderung zu gute kommt, einen Bereicherungsanspruch, der aber nur auf Vergütung in Geld, nicht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes geht[18]. Darüber hinaus kann er, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, Schadenersatz aus unerlaubter Handlung fordern[19], das Recht auf Ersatz von Verwendungen geltend machen[20] oder das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung ausüben[21].

II. Verarbeitung. Wird durch Arbeit aus fremdem Stoff eine neue bewegliche Sache hergestellt, so erhebt sich die Frage, ob das Eigentum an dieser Sache dem Stoffeigentümer oder dem Erzeuger gebührt. Diese Frage, die das ältere deutsche Recht zugunsten des Stoffeigentümers beantwortet zu haben scheint[22], wurde auf Grund der im römischen Recht vollzogenen Entwicklung[23] im

---

bestehenden Rechte Dritter untergehen, sich erstrecken oder auf die neue Sache oder einen Bruchteil derselben übergehen.

[17] Vgl. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 221 ff. Nur darf die Handlung nicht Spezifikation sein, da dann vielmehr § 950 gilt.

[18] B.G.B. § 951 Abs. 1. Vgl. Schweiz. Entw. § 720 Abs. 3.

[19] Dieser Anspruch geht in den Grenzen des § 251 auch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes.

[20] Insbesondere nach § 994 ff. und § 292.

[21] Insbesondere nach § 997 mit § 258. Das Wegnahmerecht ist für den Fall der Verbindung dadurch erweitert, daß es dem Besitzer hinsichtlich der ihm gehörig gewesenen Sache in den Schranken des § 997 auch zusteht, wenn die Verbindung von einem Anderen bewirkt ist; § 951 Abs. 2 S. 2

[22] So wenigstens Schwabensp. (L.) c. 373 u. 374, Kulm. R. V, 71—72, Jus Culm. ex ult. rev. III, 1 c. 4 u. 5. Doch muß der Eigentümer dem redlichen Verarbeiter Arbeit und Kosten ersetzen. Nach Schwabensp. (W.) c. 390 kann der Eigentümer auch das Eigentum dem Verarbeiter überlassen und Stoffersatz fordern.

[23] Über den römischen Schulstreit und dessen Lösung im Justinian. R. vgl. Lehmann, Arch. f. c. Pr. XLVII Nr. 2, Fitting, ebenda XLVIII Nr. 1 u. 13, Czyhlarz in Glücks Komm. XLI, 1 S. 249 ff., 291 ff., Windscheid I § 187, Dernburg, Pand. I § 204, Sokolowski, Z. f. R.G. XXX, Rom. Abt. S. 252 ff., Die Philosophie im Privatrecht § 4 u. 7.

Digitized by Google

modernen Recht mehr und mehr im Sinne des Vorzugs der Arbeit gelöst[24].

Das B.G.B. geht in dieser Richtung über alles bisherige Recht hinaus[25]. Es spricht das Eigentum an einer durch Verarbeitung oder Umbildung von Stoff hergestellten neuen Sache grundsätzlich ihrem Erzeuger zu und stellt der Verarbeitung das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren und jede ähnliche Bearbeitung der Oberfläche gleich[26]. Eine Ausnahme macht es nur, wenn der Wert der Verarbeitung oder Umbildung erheblich geringer als der Wert des Stoffes ist[27]. Mit dem Erwerbe des Eigentums an der neuen Sache erlöschen zugleich die am Stoff bestehenden begrenzten dinglichen Rechte[28]. Der Eigentumserwerb ist unmittelbare Rechts-

---

[24] Vgl. Preuſs. L.R. I, 9 § 299 ff., 304 ff.; Code civ. Art. 570 ff.; Österr. Gb. § 414 ff.; Sächs. Gb. § 246; Schweiz. R. b. Huber III 187 ff.; Roth, D.P.R. § 248; O. Fischer, Das Problem der Identität und Neuheit mit besonderer Berücksichtigung der Spezifikation, Breslau 1893; Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht § 8 S. 188 ff. u. 551 ff.

[25] B.G.B. § 950. Dazu die Komm. u. Dernburg, B.R. III § 109, Cosack § 203, Endemann II 331 ff., Sokolowski a. a. O. S. 191 ff., 214 ff.

[26] Nur muſs eine neue Sache hergestellt sein; das Färben von fremdem Stoff, das Dressieren eines Hundes, das Einbinden eines Buches verschafft kein Eigentum; ebensowenig das Bemalen eines Kunstschrankes oder die Anbringung von Sinnsprüchen auf einer Vase, da Schrank oder Vase trotz der Verzierung die alte Sache bleiben, während bemalte Leinwand zum Gemälde und beschriebenes oder bedrucktes Papier zum Manuskript oder Buche wird.

[27] So z. B., wenn Getreide bloſs ausgedroschen oder gemahlen, ein Tier geschlachtet und zerlegt, aus Gold eine kunstlose Schale geformt oder eine Marmorplatte mit einem wertlosen Gemälde versehen wird; auf alle Bücher, die das bedruckte Papier nicht wert sind, läſst sich dies freilich nicht erstrecken. In solchen Fällen gelten, wenn Stoffe verschiedener Eigentümer verarbeitet sind, die Regeln über Verbindung oder Vermischung; der Verarbeiter selbst wird Miteigentümer, wenn er eigenen Stoff hinzutut, nicht aber, wie Endemann a. a. O. S. 333 meint, auch nach dem Werte seiner Arbeit. Vgl. Planck zu § 950 Bem. 2, Biermann Bem. 1 c. — Die römischrechtliche Unterscheidung, ob die Sache in den früheren Stand zurückgebracht werden kann, kehrt noch im Österr. Gb. § 415 und Zürch. Gb. § 206 (638) wieder, ist dagegen schon im Preuſs, Französ. u. Sächs. R. aufgegeben. Das Österr. Gb. § 417 sieht nebenbei auf das Wertverhältnis von Stoff und Arbeit (wenn keinen Teil ein Verschulden trifft, hat der Mehrbeteiligte ein Wahlrecht). Ausschlieſslich dieses Wertverhältnis entscheidet nach Code civ. Art. 570 ff. (Wahlrecht) und nach Schweiz. Entw. Art. 776.

[28] § 950 Abs. 1. Dies Erlöschen tritt auch, wie Entw. I § 896 ausdrücklich bestimmen wollte, bei der Verarbeitung von eigenem Stoff (jedoch natürlich nicht in den oben Anm. 27 bezeichneten Fällen) ein. Vgl. Dernburg § 109 Anm. 8, Planck zu § 950 Bem. 5, Biermann Bem. 2, Rechtspr. der O.L.G. II 343. A. M. Fischer zu § 950 Anm. 7.

Digitized by Google

folge der sachschöpferischen Tat[29]. Die Spezifikation ist zwar eine Handlung[30], aber sie ist kein Rechtsgeschäft und fordert keinen auf Eigentumserwerb gerichteten Willen[31]. Sie kann aber selbstverständlich nicht nur durch eigene Arbeit, sondern auch durch Verwendung fremder Arbeit für eigne Zwecke vollzogen werden[32]. Die sachenrechtliche Wirkung tritt auch ein, wenn der Verarbeiter unredlich handelt; auch der Dieb, der den gestohlenen Stoff verarbeitet, erwirbt das Eigentum an der hergestellten neuen Sache[33]. Nur für die persönlichen Ansprüche dessen, der einen Rechtsverlust erleidet, kommt der gute oder böse Glaube des Verarbeiters in Betracht[34].

§ 137. Fruchterwerb.

I. Geschichte[1]. Das ältere deutsche Recht ging von dem Gedanken aus, dafs die dem Boden abgewonnenen Früchte als

---

[29] Die für das römische Recht von Manchen (z. B. v. Vangerow § 310 Anm.) versuchte Begründung des Eigentumserwerbes auf Okkupation ist dem B.G.B. gegenüber unmöglich.

[30] Vgl. Eltzbacher a. a. O. S. 220 ff. Abweichend Rehbein I 101, Lehmann, B.R. II 181.

[31] Auch Kinder und Geisteskranke können spezifizieren.

[32] So durch Dienstboten, Gesellen, Fabrikarbeiter. Rechtsgeschäftliche Stellvertretung liegt darin nicht. Vgl. Dernburg § 109 II 3, Leonhard, Fahrniserwerb S. 112 ff., Isay, Geschäftsführung S. 299 ff., Planck zu § 950 Bem- 1 c, Kober Bem. 5, Biermann Bem. 1 f.

[33] Dernburg § 109 II 2. Daher ist auch Hehlerei an der aus gestohlenem Stoff gefertigten Sache nicht möglich. Dagegen fordert das spätere römische Recht zum Eigentumserwerbe guten Glauben. Ebenso das Preufs. A.L.R. I, 9 § 304. Vgl. ferner das Österr. Gb. § 415, Schweiz. Entw. Art. 719 Abs. 2.

[34] B.G.B. § 951 gewährt auch hier allgemein einen Bereicherungsanspruch auf Vergütung in Geld, behält aber weitergehende Ansprüche aus unerlaubter Handlung und wegen Verwendungen vor. Der Bereicherungsanspruch gebührt, wenn sich infolge des überwiegenden Stoffwertes das Stoffeigentum behauptet, auch dem Verarbeiter wegen seines Arbeitsaufwandes; Biermann zu § 951 Bem. 1, Kober Bem. 1 g. Im übrigen gilt das oben Anm. 18—21 Bemerkte.

[1] Heimbach, Die Lehre von der Frucht nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten, Leipzig 1843. R. Schück, Gegensatz des römischen und des deutschen Rechts in der Lehre vom Fruchterwerbe, Breslau 1881. L. v. Petrażycki, Die Fruchtverteilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten, Berlin 1892; Die Lehre vom Einkommen, Berlin 1893 u. 1895. Sokolowski, Philosophie u. Privatrecht S. 443 ff. — Stobbe, Beiträge zur Gesch. des D.R. S. 65 ff. Kräwel, Arch. f. civ. Pr. LVIII 261 ff. Heusler,

Digitized by Google

„verdientes Gut“ dem gebühren, der sie durch die Aufwendung von Arbeit und Kosten hervorgebracht hat: „Wer säet, der mähet“ [2]. Die Früchte sind verdient, sobald die Bestellungsarbeit vollendet ist: Getreide, wenn es ausgesät ist und die Egge das Land bestrichen hat; Gartenfrucht, wenn gesät und geharkt ist; Obst und Wein, wenn der Tag herangekommen ist, an dem die Frühjahrspflege als getan gilt [3]. Doch erwirbt die Früchte nur, wer in Ausübung eines Rechts oder in gutem Glauben an ein solches Recht handelt; wer wissentlich oder nach Eintritt der Rechtshängigkeit fremdes Land bestellt, verliert Aussaat und Arbeit [4]. An der verdienten Frucht erlangt der Besteller schon vor der Trennung ein festes Recht, das als gesondertes Eigentum oder doch als dingliches Anwartschaftsrecht erscheint [5]. Mufs er oder sein Erbe das Gut vor der Ernte herausgeben, so fallen ihm gleichwohl die schon verdienten Früchte nach der Trennung zu. Diese Grundsätze kamen in allen Fällen zur Anwendung, in denen ein Nutzungsrecht im Laufe eines Wirtschaftsjahres erlosch oder ein redlicher Besitz dem besseren Recht weichen mufste [6]. Sie wurden auch auf

---

Inst. II 195 ff. Beseler, D.P.R. § 87 III. Stobbe-Lehmann II § 130. — Göppert, Über die organischen Erzeugnisse, Halle 1869. Pernice, Labeo (2. Aufl.) II 347 ff. Karlowa, Röm. R.G. II 347 ff. Windscheid I § 186. Dernburg, Pand. § 78 u. 205. Reichel, Jahrb. f. D. XLII 205 ff. — Förster-Eccius, Preufs. P.R. § 173. Randa, Eigentum § 14. Zachariae-Crome I 483 ff. Erdmann, Liv.-, Esth. u. Kurl. P.R. II § 138.

[2] Sachsensp. II Art. 46, 58, III Art. 76 § 3—5; Schwabensp. (L.) c. 129, 211, 217, 218; Rechtsb. n. Dist. II, 5 d 1; Purgoldt II 88.

[3] Nach Sachsensp. II Art. 58 § 2 der S. Urbanstag (25. Mai). — Wer blofs gepflügt hat, verliert, wenn er das Gut herausgeben mufs, seine Arbeit; Sachsensp. II Art. 46 § 1 (Schadenersatzanspruch hat er nur gegen den, der ihm fremdes Land verpachtete).

[4] Sachsensp. II Art. 46 § 2 (sve so dat land saiet under der klage, die verlüset sin arbeit u. sine sat dar an); Schwabensp. c. 211.

[5] Die ursprüngliche Auffassung ist zweifellos die, dafs besonderes Eigentum besteht; Heimbach a. a. O. S. 282, Schück a. a. O. S. 22, Heusler a. a. O. S. 196, Erdmann a. a. O. S. 158; oben § 103 S. 40. A. M. Stobbe, Beiträge S. 67 ff. — Über die Zurechnung zur Fahrnis oben § 101 Anm. 14.

[6] So nimmt das verdiente Gut der Allodialerbe, wenn das Lehn an den Lehnsfolger oder den Herrn fällt; der Ehemann, der das Gut der Frau ihren Erben herausgeben mufs (Sachsensp. III Art. 76 § 3, Schwabensp. c. 149); der Erbe des Ehemanns an dem Leibzuchtgut der Frau (Schöffenspr. b. Wasserschleben, Prinzip der Succ.Ordn. S. 181); der Pfandbesitzer, wenn der Schuldner das Pfand einlöst (Mon. Boica XXXVIII Nr. 79); der Käufer, der dem Wiederkäufer weichen mufs (Urk. v. 1325 b. Schück S. 28); der vom

Digitized by Google

bürgerliche Früchte, insbesondere auf die in regelmäfsiger Wiederkehr dem Gute zu entrichtenden Zinse und Zehnten übertragen[7].

Mit der Rezeption drangen nicht nur in das gemeine Recht, sondern auch in die meisten Gesetzbücher die abweichenden Regeln des römischen Rechts ein. Das „Produktionsprinzip" erlag dem „Substantialprinzip". Danach wird das Rechtsschicksal der Früchte, während sie vor der Trennung überhaupt nicht den Gegenstand eines besonderen Rechtes bilden, durch die im Augenblicke der Trennung hinsichtlich der Stammsache bestehenden Rechtsverhältnisse bestimmt. Und zwar fallen sie grundsätzlich in das Eigentum des Eigentümers der Stammsache, unterliegen jedoch ausnahmsweise aus einem besonderen Grunde dem teils mit der Trennung eintretenden, teils durch Besitzergreifung bedingten Eigentumserwerb eines Anderen[8]. Nur vereinzelt erhielt sich das deutsche Recht[9]. Unter den neueren Gesetzbüchern spricht das preufsische Landrecht dem Fruchtziehungsberechtigten schon an der hervortretenden Frucht gesondertes Eigentum zu[10]. Das

---

Näherberechtigten verdrängte Käufer (Grimm, W. I 480); der Erbe des Altenteilsberechtigten (Seuff. XXVIII Nr. 232); der erst nach der Bestellung verklagte redliche Besitzer (Sachsensp. II Art. 46 § 3, Schwabensp. c. 211).

[7] Sachsensp. II Art. 58 § 2 (besondere Heiligentage, an denen Zinse, Lämmer-, Gänse- und andere Fleischzehnten, Kornzehnten, Wein- und Obstzehnten, Zinse von Mühlen, Zöllen, Münzen und Weingärten „verdient" sind). Vgl. Schwabensp. c. 217, 219, Rechtsb. n. Dist. II c. 5 d. 1.

[8] Nach gemeinem R. erwirbt das Eigentum mit der Trennung statt des Eigentümers der Stammsache der Emphyteuta und nach der in neuerer Zeit wieder durchgedrungenen älteren Ansicht auch der bonae fidei possessor (dem Savigny, Windscheid u. Göppert auch an den Früchten nur bonae fidei possessio, Köppen, Der Fruchterwerb des bonae fidei possessor, 1872, u. A. nur interimistisches Eigentum zuschreiben; vgl. Petrażycki, Fruchtverteilung s. 133 ff., Sokolowski a. a. O. S. 482 ff.). Der Niefsbraucher und der Pächter erwerben das Eigentum erst mit der Perzeption. Nach Code civ. Art. 549, Österr. Gb. § 330 u. Sächs. Gb. § 244 wird der redliche Besitzer Eigentümer mit der Trennung. Der Niefsbraucher erwirbt nach Österr. R. mit der Trennung (Randa § 14 Anm. 3), nach Code civ. Art. 585 u. Sächs. Gb. § 245 mit der Perzeption, der Pächter auch nach Österr. R. (Randa a. a. O. Anm. 19) erst mit der Perzeption das Eigentum.

[9] Vor allem im gemeinen Sachsenrecht; Const. Saxon. III, 32; vgl. Haubold § 163 ff., Sachse § 254, 281, Brückner § 643 ff., Paulsen § 55. Ebenso im baltischen R., Erdmann II 158 ff. (Eigentumserwerb mit der Entstehung nach P.R. Art. 754). Überdies teilweise im Lehnrecht.

[10] Preufs. L.R. I, 9 § 221 (dem Niefsbraucher, dem Pächter usw.). Der redliche Besitzer erwirbt das Eigentum erst mit der Trennung; die Früchte des letzten Jahres hat er mit dem Eigentümer zu teilen; I, 7 § 189, 193 ff.

Digitized by Google

sächsische Gesetzbuch führt wenigstens in Ansehung der Fruchtverteilung die Regel des verdienten Gutes durch[11].

Das bürgerliche Gesetzbuch folgt der römischen Grundauffassung. Doch zeigt sich der Einflufs des deutschen Rechts einerseits in der Erweiterung der Fälle, in denen ein Anderer als der Eigentümer der Stammsache das Eigentum an den Früchten unmittelbar mit der Trennung erwirbt, andererseits in der Gestaltung der persönlichen Ansprüche auf Ausgleichung gewisser durch die sachenrechtliche Ordnung bewirkter Unbilligkeiten.

II. Eigentumserwerb. Das B.G.B. regelt den Eigentumserwerb an Früchten durch allgemeine Vorschriften über „Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache“[12]. Im Sinne des neuen Rechts sind die Erzeugnisse stets, andere Bestandteile aber nur dann Früchte, wenn sie entweder zu der aus der Sache ihrer Bestimmung gemäfs gewonnenen Ausbeute oder zu den von einem Recht seiner Bestimmung gemäfs gewährten Erträgen gehören[13]. Die Vorschriften beziehen sich somit auch auf Bestandteile, die keine Früchte sind[14]. Andererseits betreffen sie nur natürliche Früchte, mögen diese als Sachfrüchte oder als Rechtsfrüchte gelten[15]. Auf Früchte, die keine Bestandteile sind, finden

---

[11] Sächs. Gb. § 76. Dagegen Eigentumserwerb mit der Trennung oder Besitzergreifung; § 244—245.

[12] B.G.B. § 953—957. Vgl. die Komm. von Planck, Biermann, Kober u. A.; Dernburg, B.R III § 110; H. Lehmann, B.R. II § 63; Endemann § 85; Cosack § 208 II—III; Lange, Über den Erwerb von Erzeugnissen u. sonstigen Bestandteilen einer Sache, Rostock 1901; v. Blume, Jahrb. f. D. XXXIX 429 ff., Blätter für Rechtsanwendung LXVII 102 ff., 113 ff.; Francke, Arch. f. c. Pr. XCIII 309 ff. — Abweichendes Landesrecht kann für den Fruchterwerb bei Lehen, Familienfideikommissen, Erbpachtgütern, Bergwerken usw. fortbestehen; Biermann zu § 954, Planck vor § 953 Bem. 4, Dernburg § 110 I. A. M. Motive III 363, Fuchs zu § 954, Kober Bem. 1.

[13] B.G.B. § 99 Abs. 1—2. Insbesondere sind auch Mineralien Früchte eines Bergwerks, eines Steinbruchs usw. oder eines auf ihre Gewinnung gerichteten Rechts. — Vgl. über den Fruchtbegriff des B.G.B. Planck, Hölder und die anderen Komm. zu § 99; Reichel, Jahrb. f. D. XLII 264 ff.; Eck I § 55, Dernburg III § 8, Endemann I § 55, Cosack I § 42, Enneccerus I § 50, Crome I § 69, Leonhard, Allg. T. § 49, Kohler, B.R. I 460 ff. — Dafs der rein objektive Fruchtbegriff des B.G.B. sich mit dem wirtschaftlichen Fruchtbegriff nicht deckt, ist der Grund zahlreicher Sondervorschriften, die eine Korrektur herbeiführen; vgl. unten Anm. 31, 46, 47.

[14] Also z. B. auf Fleisch und Fell des geschlachteten Ochsen, die durch Abbruch eines Gebäudes gewonnenen Materialien, die Stücke eines zerbrochenen Gefäfses.

[15] Erzeugnisse und andere Bestandteile sind nach § 99 Abs. 2 insoweit

Digitized by Google

sie keine Anwendung[16]. Ob die Stammsache ein Grundstück oder eine bewegliche Sache ist, wird nicht unterschieden.

1. Erwerb kraft Eigentums an der Stammsache. Der Regel nach fallen Bestandteile, sobald sie durch Trennung zu besonderen Sachen werden, in das Eigentum des Eigentümers der Stammsache[17]. Dies gilt gleichmäfsig für Früchte und andere Bestandteile. Besitz der Stammsache ist nicht erforderlich[18]. Der Eigentumserwerb tritt mit der Trennung ein, mag diese vom Eigentümer selbst oder von einem Anderen vorgenommen oder durch Naturvorgang bewirkt sein. Er ist daher auch vom Besitzerwerbe an der neuen Sache unabhängig[19].

2. Erwerb kraft dinglichen Rechts an der Stammsache. Anstatt des Eigentümers erwirbt genau in gleicher Weise das Eigentum, wer zum Erwerbe des Eigentums an Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen einer fremden Sache vermöge eines begrenzten dinglichen Rechtes befugt ist[20]. Auch dieser Eigentums-

Rechtsfrüchte, als sie der Niefsbraucher, der Pächter usw. kraft seines Rechtes erwirbt.

[16] Dazu gehören gewisse nach § 99 Abs. 2 den natürlichen Früchten eines Rechts zugezählte Erträge, wie die Zinsen einer Forderung oder Grundschuld, die Gewinnanteile einer Aktie, die Einkünfte aus einer Reallastberechtigung, einem Urheber- oder Patentrecht usw. Ferner aber die als bürgerliche Früchte betrachteten Erträge, die ein Gegenstand kraft eines Rechtsverhältnisses gewährt (§ 99 Abs. 3), mögen sie Sachfrüchte sein (wie der Mietzins oder der für ein Landgut bezogene Pachtzins), oder Rechtsfrüchte (wie der Pachtzins für ein verpachtetes Recht oder der Zinsgenuſs aus Forderungsnieſsbrauch). Hier überall vollzieht sich der Eigentumserwerb nach allgemeinen Grundsätzen durch besondere Übereignungshandlungen.

[17] B.G.B. § 953. In gleicher Weise ergreift sie das Pfandrecht an der Stammsache, § 1120, 1212. Nach der in der Wortfassung ausgedrückten Anschauung setzt sich das bisherige Eigentum oder sonstige dingliche Recht fort. Allein in Wahrheit liegt, da die Frucht eine neue Sache ist, Erwerb von neuem Eigentum vor. Tritt doch auch an der Bodenfrucht Fahrniseigentum an Stelle des Grundeigentums. Grundpfandrecht besteht freilich noch an getrennten Früchten, aber nur, weil und solange sie als Bestandteile des Grundvermögens erscheinen; § 1121—1122.

[18] Der Eigentümer wird auch Eigentümer der Bodenfrüchte, die getrennt werden, während ein Anderer das Grundstück bösgläubig besitzt, oder des Fohlens, das die gestohlene Stute beim Diebe wirft.

[19] Die Frucht kann mit der Trennung in fremden Besitz (z. B. in den Besitz des bösgläubigen Besitzers der Stammsache oder des Holz- oder Obstdiebes) gelangen oder besitzfrei werden (z. B. der auf einen öffentlichen Weg gefallene Apfel oder das vom Huhn im fremden Schuppen gelegte Ei).

[20] Auch hier ist weder Besitz der Stammsache noch Besitzerwerb an der neuen Sache erforderlich.

Digitized by Google

erwerb erstreckt sich auf Früchte und andere Bestandteile, findet aber nur innerhalb der Schranken des dinglichen Rechtes statt und ergreift daher bei Fruchtziehungsrechten nur Früchte[21].

3. Erwerb kraft Besitzes der Stammsache. Anstatt des Eigentümers oder sonstigen dinglich Berechtigten erwirbt in gleicher Weise durch Trennung das Eigentum an Bestandteilen, wer durch den Besitz der Stammsache in Verbindung mit gutem Glauben oder persönlichem Recht dazu berufen ist.

a. Gutgläubiger Besitz an der Stammsache verschafft das Eigentum an den getrennten Früchten, wenn er Eigenbesitz oder auf Ausübung eines dinglichen Nutzungsrechtes gerichteter Nutzungsbesitz ist[22]. Der gute Glaube, dessen Mangel der Gegner zu beweisen hat, fehlt dem Besitzer, wenn er beim Erwerbe des Besitzes gewufst oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht gewufst oder später vor der Trennung erfahren hat, dafs ihm kein Recht zu seinem Besitz oder dafs einem Anderen das Recht zum Fruchtbezuge zusteht. Mittelbarer Besitz genügt[23]. Auch der Eigentümer oder der Nutzungsberechtigte selbst kann auf Grund des Besitzes die Früchte erwerben, wenn er gutgläubig das Fruchtziehungsrecht ausübt, während es in Wahrheit einem Anderen gebührt[24]. Eine Unterbrechung des Besitzes durch unfreiwilligen Besitzverlust ist unschädlich, wenn der Besitzer den Besitz binnen Jahresfrist oder mittels einer in dieser Frist erhobenen Klage

---

[21] Der Niefsbraucher und der Nutzniefser kraft ehemännlichen oder elterlichen Rechts erwirbt Eigentum an allen Früchten, mögen sie auch keine Früchte im wirtschaftlichen Sinne sein, nicht aber an anderen Bestandteilen; § 1039, 1383, 1652. Kraft einer Grunddienstbarkeit oder beschränkten perönlichen Dienstbarkeit findet, falls sie auf Benutzung eines Grundstücks in einzelnen Beziehungen geht (§ 1018, 1090), Eigentumserwerb an solchen Früchten oder anderen Bestandteilen statt, deren Erwerb zu der Benutzung gehört. Das Fahrnispfandrecht verschafft als Nutzungspfandrecht Eigentum, sonst nur Pfandrecht an getrennten Früchten; § 1212—1213.

[22] B.G.B. § 955. Da die Früchte für den blofs Nutzungsberechtigten Rechtsfrüchte sind, als deren Stammsache das Recht als unkörperlicher Gegenstand zu denken ist, mufs als Nutzungsbesitz die Rechtsausübung, mag sie auch nicht mit Sachbesitz verbunden oder als Rechtsbesitz anerkannt sein, genügen. Vgl. Lange a. a. O. S. 38 ff., Biermann zu § 955 Bem. 2 b.

[23] Doch tritt der gutgläubige mittelbare Eigenbesitz oder sonstige Oberbesitz stets hinter unmittelbaren Nutzungsbesitz zurück.

[24] So z. B. der Erbe, der einen auf der Sache lastenden Niefsbrauch nicht kennt, oder die Ehefrau, die eingebrachtes Gut gutgläubig als Vorbehaltsgut besitzt, oder der Niefsbraucher, der von einem dem Niefsbrauch vorgehenden Nutzungsrecht nichts weifs.

Digitized by Google

zurückerlangt [25]. Diese Erwerbsart erstreckt sich auf alle Früchte, mögen sie auch nicht zu den Früchten im wirtschaftlichen Sinne gehören, dagegen nicht auf solche Bestandteile, die keine Früchte sind.

b. Besitz der Stammsache verschafft auch dem blofs persönlich zum Erwerbe des Eigentums an Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen Berechtigten das Eigentum mit der Trennung [26]. Voraussetzung ist, dafs der Besitz überlassen (also nicht z. B. eigenmächtig ergriffen) und der Eigentumserwerb durch den Eigentümer oder einen Anderen, dem die Bestandteile nach der Trennung gehören würden, gestattet ist [27]. Auch hier aber genügt die Gestattung durch einen Scheinberechtigten, falls der Besitzer nicht bei der Besitzüberlassung des guten Glaubens ermangelt und auch nicht nachträglich vor der Trennung den Rechtsmangel erfahren hat [28]. Beruht die Gestattung auf einer Verpflichtung, so ist sie für die Dauer des überlassenen Besitzes unwiderruflich [29]. Hiernach erwirbt vor allem der besitzende Pächter während der Pachtzeit das Eigentum an den Früchten mit der Trennung, ohne dafs der Verpächter oder dessen Gläubiger dies zu hindern vermöchten; der Besitz der Stammsache verleiht seinem persönlichen Fruchtziehungsrecht die Kraft eines dinglichen Anfallsrechtes [30]. Doch

---

[25] In diesem Falle gehört also das Kalb, das die ihm gestohlene Kuh inzwischen beim Diebe geworfen hat, ihm; andernfalls und immer, wenn es erst nach Jahresfrist geworfen ist, dem Eigentümer der Kuh. Vgl. Lange a. a. O. S. 49 ff.

[26] B.G.B. § 956. Darüber, daß der Besitz der Stammsache zur Zeit der Trennung noch fortbestehen muß, vgl. v. Blume, Jahrb. f. D. a. a. O. S. 430, Biermann Bem. 1 d, Planck Bem. 2 d, Cosack § 208 Anm. 21 (anders 3. Aufl. S. 133).

[27] Die Gestattung kann vom Eigentümer, falls ihm nicht das fragliche Nutzungsrecht fehlt, vom dinglich Berechtigten, vom Eigen- oder Nutzungsbesitzer, aber auch vom nur persönlich berechtigten Besitzer (z. B. dem Pächter) ausgehen. — Analog entsteht, falls die Gestattung nur hierauf ging, Nießbrauch oder Pfandrecht.

[28] B.G.B. § 957. Dies entspricht den Anforderungen des § 956 an Erwerb auf Grund von gutgläubigem Nutzungsbesitz; oben S. 591.

[29] Der unberechtigte Widerruf ist nichtig. Die Gestattung wirkt also dinglich, auch gegen die Rechtsnachfolger und die Konkursmasse, und schneidet auch den Widerspruch gegen eine Pfändung der noch ungetrennten Früchte aus C.Pr.O. § 771 ab. — Sobald die Verpflichtung weggefallen ist, ist der Widerruf wirksam. So z. B., wenn der Pächter nach Ablauf der Pachtzeit fortbesitzt.

[30] Sehr unbefriedigend ist die übliche Konstruktion dieses Fruchterwerbes

Digitized by Google

erstreckt sich sein Eigentumserwerb nur auf die Früchte im wirtschaftlichen Sinn[31]. Ebenso verhält es sich bei jedem anderen auf die Dauer eingeräumten persönlichen Nutzungsrecht, das mit Besitz verbunden ist[32]. Die Überlassung des Besitzes genügt aber auch, damit der Käufer von Früchten auf dem Halm oder von Holz auf dem Stamme Eigentum mit der Trennung erwerbe. Und sie reicht in gleicher Weise aus, um an Bestandteilen, die keine Früchte sind, Eigentum mit der Trennung zu verschaffen[33].

4. Erwerb durch Besitzergreifung. Wer die Stammsache nicht besitzt oder, falls er sie besitzt, ihren Besitz nicht durch Überlassung erlangt hat, erwirbt das Eigentum an Früchten oder anderen Bestandteilen, auf deren Erwerb ihm durch Gestattung ein persönliches Recht eingeräumt ist, erst mit der Besitzergreifung[34]. Hier wird also durch die Gestattung dessen, in dessen Eigentum die Bestandteile mit der Trennung fallen, ein persönliches Aneignungsrecht an fremder Sache begründet[35]. Auch

---

mittels Fiktion eines auf zukünftige Sachen gerichteten bindenden Übereignungsantrages, dem gegenüber die Sachentstehung zugleich als Annahme und als Besitzübergabe wirke; so Kohler, Arch. f. b. R. XVIII 107 ff., Biermann zu § 956 Bem. 3, Kober Bem. 2, Planck Bem. 2, Neumann Bem. 2, Kuhlenbeck Bem. 2, Landsberg S. 625 ff. Diese romanistische Erklärungsweise wäre nur dann allenfalls erträglich, wenn der Eigentumserwerb, wie nach gem. R., erst mit der Perzeption (die denn auch Lange a. a. O. S. 62 hinzufingieren will) einträte. Vgl. dagegen v. Blume S. 433 ff., der originären Erwerb auf Grund des gutgläubigen Nutzungsbesitzes annimmt, und H. Lehmann S 185 ff., der ein durch dinglichen Vertrag begründetes dingliches Fruchtziehungsrecht zugrunde legt. In Wahrheit liegt ein zwar nur persönliches, aber durch den Besitz mit dinglicher Wirksamkeit ausgestattetes Fruchtziehungsrecht vor. Es handelt sich also um eine sachenrechtliche Wirkung des Besitzes.

[31] B.G.B. § 581: „soweit sie nach den Regeln einer ordentlichen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind".

[32] So z. B. bei einem unter der Herrschaft des neuen Rechts bestellten liegenschaftlichen Nutzungspfande, das nur noch als persönliches Recht möglich ist.

[33] So z. B. bei Überlassung eines Bauwerks zum Abbruch oder einer Kiesgrube zum Ausschachten.

[34] B.G.B. § 956. Auch dies gilt sowohl für Früchte, wie für Bestandteile, die keine Früchte sind. Und auch hier folgt der Erwerb von Nießbrauch oder Pfandrecht entsprechenden Regeln.

[35] Vgl. oben § 132 Anm. 8 u. 11. Die Fiktion einer Übereignung durch Übergabe ist auch hier abzulehnen. Vgl. v. Blume a. a. O. S. 455 ff. Der Erwerb erfolgt durch einseitige Besitzergreifung, für deren Wirksamkeit die vorgängige Gestattung nur die unerläßliche Voraussetzung ist. — Nach der herrschenden Meinung wird hier durch Widerruf der Gestattung vor der Besitz-

Digitized by Google

hier aber wird, wenn die Gestattung von einem Scheinberechtigten ausging, der gutgläubige Erwerb geschützt[36].

III. Ausgleichungsansprüche. Zur Ausgleichung ungerechtfertigter Nachteile, die durch die sachenrechtliche Ordnung des Fruchterwerbes einem Beteiligten zugefügt werden, gewährt das B.G.B. persönliche Ansprüche auf Herausgabe oder Ersatz.

1. Die Fruchtverteilung zwischen mehreren aufeinander folgenden Fruchtberechtigten erfolgt gemäſs der Fruchtberechtigung[37]. Dabei entscheidet zwar, während die wichtigsten bürgerlichen Früchte nach der Dauer der Berechtigung verteilt werden[38], hinsichtlich der natürlichen Früchte lediglich der Zufall der im Augenblick der Trennung bestehenden Berechtigung[39]. Allein wenigstens bei landwirtschaftlichen Grundstücken ist in gewissem Umfange dem Gedanken des verdienten Gutes Rechnung getragen.

---

ergreifung der Eigentumserwerb stets gehindert; vgl. Biermann, Planck. Kober zu § 956, Landsberg S. 650. Man wird aber trotz des hierfür aus dem Wortlaut des § 956 zu entnehmenden argumentum a contrario mit v. Blume a. a. O. S. 458 ff. annehmen müssen, daſs die einseitige Zurücknahme eines vertragsmäſsig eingeräumten Aneignungsrechts unwirksam ist. Nur entbehrt dieses Aneignungsrecht stets der dinglichen Kraft.

[36] B.G.B. § 957. Über den guten Glauben entscheidet hier die Zeit der Besitzergreifung. Der Gestattende braucht weder zur Gestattung noch zum Erwerbe der fraglichen Bestandteile berechtigt zu sein, muſs aber die Stammsache besitzen; Jacubetzky im Recht VI 4, Biermann Bem. 1, Kober Bem. 1, Cosack § 208 Anm. 30 (anders 3. Aufl. S. 136), v. Blume, Bl. f. R.A. a. a. O. S. 102 ff. Ist die Stammsache beweglich, so darf sie nicht abhanden gekommen sein; dagegen kann die nach dem Abhandenkommen getrennte Frucht, da sie eine neue Sache ist, für den weiteren rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht mehr als abhanden gekommen gelten. Doch ist hier im einzelnen Vieles streitig.

[37] B.G.B. § 101. Vgl. dazu die Komm., sowie Dernburg III § 9, Endemann I § 55 Z. 3, Enneccerus § 52, Cosack I § 48, Crome I § 70. Daß der Fruchtgenuſs des redlichen Besitzers als Fruchtberechtigung zu behandeln ist, schreibt § 993 Abs. 2 ausdrücklich vor. — Für die Auseinandersetzung bei der Lehns- und Fideikommiſsfolge, der Erbpacht usw. kann das Landesrecht Abweichendes bestimmen.

[38] Die Vergütung für die Überlassung des Gebrauchs oder Fruchtgenusses (Miets- und Pachtzins), Zinsen, Gewinnanteile und andere regelmäſsig wiederkehrende Erträge. So schon nach gem. R.; Seuff. XLVII Nr. 132. Im übrigen (z. B. für das Bezugsrecht an jungen Aktien) entscheidet der Zeitpunkt der Fälligkeit.

[39] Dies bestimmt § 101 Z. 1 sowohl für die Erzeugnisse der Sache wie für ihre bestimmungsmäſsige Ausbeute, mögen sie als Sachfrüchte oder als Rechtsfrüchte bezogen werden.

Digitized by Google

Denn der Pächter, der redliche Besitzer, der Nießbraucher, der ehemännliche oder elterliche Nutznießer oder der Vorerbe, dessen Recht im Laufe des Wirtschaftsjahres endet, kann Ersatz der Kosten, die er auf die noch ungetrennten, jedoch vor Ablauf des Jahres zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit verlangen, als sie den Regeln einer ordentlichen Wirtschaft entsprechen und den Wert jener Früchte nicht übersteigen[40].

2. Die Herausgabe gezogener Früchte kann aus besonderen Gründen auch von dem, der das Eigentum an ihnen erworben hat, verlangt werden[41]. Immer aber kann, wer Früchte herauszugeben hat, Ersatz der von ihm auf die Gewinnung verwendeten Kosten insoweit fordern, als sie ordnungsmäßsig verwendet sind und den Wert der Früchte nicht übersteigen[42]. Und in Übereinstimmung mit dem älteren deutschen Recht[43] braucht der redliche Besitzer die bis zur Rechtshängigkeit gezogenen Früchte regelmäßsig überhaupt nicht herauszugeben, behält sie vielmehr, auch wenn sie noch vorhanden sind, als verdientes Gut[44]. Nur, wenn er den Besitz unentgeltlich erworben hat, ist er zur Herausgabe der Bereicherung aus dem Fruchterwerbe verpflichtet[45]. Überdies haftet er insoweit aus der Bereicherung, als er das Eigentum an Früchten erlangt hat, die keine Früchte im wirtschaftlichen Sinne sind[46].

3. In anderen Fällen wird der Eigentumserwerb an Früchten mit einer Verpflichtung zum Wertansatz verknüpft, um den weiten juristischen Fruchtbegriff unschädlich zu machen. So erlangen der Nießbraucher, der nutznießende Ehemann, die nutz-

---

[40] B.G.B. § 592, 998, 1055 Abs. 2, 1421, 1663 Abs. 2, 2130. Er wird also wenigstens vor Schaden bewahrt. Allein obschon er gesäet hat, mähet er nicht; der Vorteil einer guten Ernte entgeht ihm.

[41] So, wenn die Früchte nach § 101 einem Anderen gebühren. Oder wenn der Erbe Früchte einer vermachten Sache gezogen hat; § 2184. Vgl. ferner über die Verpflichtung des Pächters, Nießbrauchers oder Nutznießers und Vorerben, bei Rückgewähr eines Landguts die zur Fortsetzung der Wirtschaft erforderlichen Erzeugnisse zurückzulassen, § 593, 1055 Abs. 2, 1421, 1663 Abs. 2, 2130.

[42] B.G.B. § 102.

[43] Vgl. l. Saxonum 63; Sachsensp. II Art. 44 § 2; Glogauer Rechtsb. c. 11; Jus Culm. ex ult. rev. III, 1 c. 6; Stobbe, Beitr. S. 71 ff.

[44] B.G.B. § 987 u. 993. Dagegen muß er nach röm. u. gem. R. die fructus extantes herausgeben; Windscheid § 124, Dernburg, Pand. § 226. — Auf dem Boden des deut. Rechts stehen schon Preuß. A.L.R. I, 7 § 189—190, Österr. Gb. § 330, Sächs. Gb. § 244.

[45] B.G.B. § 988. — Ähnlich der redliche Erbschaftsbesitzer; § 2020—2021.

[46] B.G.B. § 993. Vgl. oben Anm. 13.

Digitized by Google

niefsenden Eltern und der Vorerbe zwar das Eigentum an allen getrennten Früchten, werden aber zum Ersatz des Wertes der den Regeln einer ordnungsmäfsigen Wirtschaft zuwider oder auf Grund eingetretener Notwendigkeit im Übermafs gezogenen Früchte verpflichtet[47].

§ 138. Schutz des Fahrniseigentums.

I. Die Eigentumsansprüche. Die in anderem Zusammenhange bereits besprochenen deutschrechtlichen Beschränkungen der Verfolgung des Fahrniseigentums sind, wie sich gezeigt hat, in Erleichterungen des Eigentumserwerbes seitens redlicher Dritter übergegangen. An die Stelle der Versagung des Klagerechts ist damit der Verlust des dinglichen Rechts selbst getreten. Soweit dagegen das Eigentum durch fremden Besitzerwerb nicht berührt wird, weil die Voraussetzungen für die Geltung des Satzes „Hand wahre Hand" nicht erfüllt sind, ist im neuesten Recht auch die Verfolgung des Fahrniseigentums gegen Dritte an besondere Schranken nicht gebunden[1].

Demgemäfs konnte das B.G.B. die Eigentumsansprüche in Ansehung unbeweglicher und beweglicher Sachen gleichmäfsig regeln. Es gewährt auch dem Fahrniseigentümer neben den Feststellungsansprüchen den vindikatorischen Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen jeden Besitzer[2] und den negatorischen Anspruch auf Beseitigung und künftige Unterlassung von Beeinträchtigungen gegen jeden Störer[3].

Aufserdem läfst es dem Fahrniseigentum einen Abholungsanspruch entspringen, der sich gegen den Besitzer des Grund-

---

[47] B.G.B. § 1039, 1383, 1652, 2133. Vgl. oben Anm. 13.

[1] Vgl. oben § 134. Anders nach den Gesetzen, die dem redlichen Erwerber einer beweglichen Sache unter Umständen gegenüber der Eigentumsklage einen dem Liegenschaftsrecht fremden Lösungsanspruch gewähren; a. a. O. Anm. 58—59, 62. Unter der Herrschaft des B.G.B. kann dies nur noch kraft landesgesetzlicher Sonderbestimmungen für öffentliche Pfandleihanstalten vorkommen; a. a. O. Anm. 60, unten § 170 a. E.

[2] Die §§ 985—1003 sind mit Ausnahme des § 998 auch auf die Vindikation beweglicher Sachen anwendbar. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage gegen den mittelbaren Besitzer und hinsichtlich der Gestaltung des Hauptanspruchs, der Nebenansprüche und der Gegenansprüche gilt alles oben § 129 Anm. 8—16 Bemerkte.

[3] § 1004. Auch hier gilt alles oben § 129 Anm. 17—22 Bemerkte.

Digitized by Google

stücks, auf dem sich die Sache befindet, richtet und im übrigen gleiche Voraussetzungen und gleichen Inhalt hat, wie der Abholungsanspruch aus dem Besitz[4].

II. Einwirkung des Besitzrechts. Trotz solcher Übereinstimmung in Ansehung der Eigentumsansprüche nimmt der Eigentumsschutz hier dadurch eine wesentlich andere Gestalt als im Liegenschaftsrecht an, dafs, während bei dem Streit um Grundeigentum die Bucheinträge eine mafsgebende Rolle spielen, für den Fahrnisstreit der Besitz einschneidende Bedeutung hat.

Zunächst wird durch die Vermutung aus dem Besitz die Beweislast hinsichtlich des Eigentums bestimmt und hiermit je nach der gegenwärtigen und früheren Besitzlage und je nach der Art des Besitzverlustes die Durchführung der einzelnen Eigentumsansprüche erleichtert oder erschwert[5].

Sodann gewährt das Einwendungsrecht aus dem Besitz dem vom Eigentümer auf Herausgabe verklagten Besitzer ein besonderes Verteidigungsmittel, kraft dessen er ein vom Rechtsvorgänger des Eigentümers abgeleitetes persönliches Besitzrecht mit dinglichem Erfolge zu behaupten vermag[6].

Endlich hat der Eigentümer neben den Eigentumsansprüchen nicht nur in gleicher Weise wie der Grundeigentümer die Besitzschutzansprüche, sondern kann sich auch im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes der Klage aus dem früheren Besitz bedienen, um die endgültige Herausgabe seiner Sache zu erlangen[7]. Sind daher die Voraussetzungen der Besitzrechtsklage gegeben, so bedarf er der Vindikation nur, wenn er zugleich sein Eigentum zur Anerkennung bringen will[8]. Hat er aber seine Sache noch niemals im Besitz gehabt oder hat er den Besitz freiwillig aufgegeben oder würde er aus einem anderen Grunde mit der Klage

---

[4] § 1005. Hat der Eigentümer zugleich den possessorischen Anspruch aus § 867, so wird er den petitorischen Anspruch aus § 1005 vorziehen, wenn er zugleich sein Eigentum zur Anerkennung bringen will. Lediglich auf den Anspruch aus § 1005 ist er angewiesen, wenn er die Sache vorher nicht im Besitz hatte. So z. B., wenn seine Henne auf dem Grundstück Eier gelegt oder wenn der Dieb die ihm gestohlene Sache dort versteckt hat. Vgl. im übrigen oben § 116 S. 254.

[5] Vgl. über die praktischen Folgen für die einzelnen Ansprüche Gierke, Fahrnisbesitz S. 27 u. 29, u. oben § 116 III 1 S. 260, bes. Anm. 64.

[6] Vgl. oben § 116 III 2 S. 261, Gierke a. a. O. S. 42 ff.

[7] Vgl. oben § 116 III 3 S. 261—264..

[8] Vgl. Gierke a. a. O. S. 67.

Digitized by Google

aus dem früheren Besitz scheitern, so kann er auch die Herausgabe seitens des dritten Besitzers nur mit der Eigentumsklage erzwingen[9].

Viertes Kapitel.

Die begrenzten dinglichen Rechte.

Erster Titel.

Die begrenzten dinglichen Rechte überhaupt.

§ 139. Begriff und Arten.

I. Begriff. Die geschichtliche Entwicklung des Begriffes begrenzter dinglicher Rechte und seines Verhältnisses zum Eigentumsbegriff ist oben dargelegt. Dabei hat sich ergeben, dafs nach heutiger Auffassung das begrenzte dingliche Recht ein Herrschaftsrecht ist, das dem Berechtigten eine Sache unmittelbar, jedoch nur in bestimmten Beziehungen unterwirft[1].

Als unmittelbares Herrschaftsrecht an der Sache steht das begrenzte dingliche Recht selbständig neben dem Eigentum. Es ergreift die Sache, ohne des Eigentums als Zwischengliedes zu bedürfen, und belastet nicht das Eigentum, sondern die Sache selbst[2]. Darum ist einerseits ein begrenztes dingliches Recht an einer zurzeit in Niemandes Eigentum befindlichen Sache möglich[3]. Nur mufs freilich die Sache an sich eigentumsfähig sein[4]. Und

---

[9] Über einzelne derartige Fälle vgl. Gierke a. a. O. S. 68—69.

[1] Vgl. oben § 120 S. 348, 351 ff., 354 ff., 359, 366 ff.

[2] Dieser Auffassung gibt das B.G.B. durch seine Terminologie Ausdruck; es leitet die Vorschriften über die einzelnen Rechte mit den Worten ein: „ein Grundstück (eine Sache, eine bewegliche Sache) kann in der Weise belastet werden, dafs usw."; § 1012, 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191, 1204.

[3] Vgl. oben § 127 a. E. S. 464, § 131 S. 524 Anm. 29.

[4] Denn der Begriff eines begrenzten Sachenrechts setzt die Möglichkeit eines volleren Sachenrechts voraus; erschöpft ein dingliches Recht die privatrechtliche Beherrschungsfähigkeit einer Sache, so ist es eben Eigentum. — Das B.G.B. kennt freilich begrenzte dingliche Rechte an Gegenständen, an denen es ein Eigentum nicht anerkennt. Allein in Wahrheit spielt hier das Vollrecht am Gegenstande die Rolle des Eigentums.

Digitized by Google

darum kann andererseits dem Eigentümer ein begrenztes dingliches Recht an der eignen Sache zustehen[5]. Nur erschöpft sich hier freilich die Wirkung der Rechtsspaltung in der objektiven Rechtsgrundlage des gesonderten Bestandes der beiden Herrschaftsbereiche, während das subjektive Rechtsverhältnis ruht[6].

Als blofses Teilherrschaftsrecht an der Sache läfst das begrenzte dingliche Recht notwendig für das Eigentum Raum. Da es seinen Inhalt nur auf Kosten des Eigentumsinhaltes gewinnen kann, beschränkt es das Eigentum. Allein da es grundsätzlich in seinen Teilbereich gebannt und zur Erstreckung auf die Sache im Ganzen unfähig ist, vermag es niemals das Eigentum zu verdrängen oder beim Wegfall des Eigentums aus eigner Kraft zu Eigentum anzuschwellen[7].

II. Arten. Wir haben oben gesehen, dafs das deutsche Recht vermöge seines Grundsatzes der sachenrechtlichen Gestaltungsfreiheit eine reiche und unabgeschlossene Fülle verschiedenartiger begrenzter dinglicher Rechte hervorbrachte; dafs das B.G.B., obschon es gleich dem römischen Recht nur eine geschlossene Zahl fest geprägter Arten solcher Rechte anerkennt, doch gegenüber dem römischen Recht den Kreis dieser Arten erweitert; dafs überdies nach Landesrecht begrenzte dingliche Rechte anderer Art teils, soweit sie vor dem 1. Januar 1900 begründet sind, fortbestehen, teils auch neu begründet werden können[8]. Für die Klassifikation kommen verschiedene Gesichtspunkte in Betracht.

---

[5] Dies ist im B.G.B. für alle Rechte an Grundstücken anerkannt, da sie durch Vereinigung mit dem Eigentum nicht erlöschen; § 889, oben § 119 VIII S. 325. In erweitertem Umfange gilt es für das Grundpfandrecht; § 1163, 1177, 1196, unten § 166. Auch das Fahrnispfandrecht kann an der eignen Sache bestehen, da es durch Vereinigung mit dem Eigentum nicht erlischt, wenn die Forderung mit dem Recht eines Dritten belastet ist; § 1256. Wenn im übrigen an beweglichen Sachen ein begrenztes dingliches Recht des Eigentümers nicht anerkannt wird, so wird doch dem Niefsbrauch oder Pfandrecht insoweit, als der Eigentümer an dem Fortbestehen ein Interesse hat, trotz des Erlöschens durch Vereinigung im Wege der Fiktion die Fortwirkung gesichert; § 1063, 1072. Gleiches, wie für Rechte an beweglichen Sachen, gilt für Rechte an Rechten. — Vgl. über die Rechte an eigner Sache im allgemeinen Jhering, Jahrb. f. D. X 387 ff., G. Hartmann, ebenda XVII 69 ff., Bekker, Z. f. vergl. Rechtsw. II 11 ff., E. Huber, Die Eigentümerdienstbarkeit, Bern 1902.

[6] Vgl. oben § 100 III S. 4, namentlich aber unten § 166 II.

[7] Hierin zeigt sich der begriffliche Unterschied vom Untereigentum; oben § 121 a. E.

[8] Vgl. oben § 120 S. 356, 359, 366—367.

Digitized by Google

1. Die begrenzten dinglichen Rechte sind entweder selbständige Sachenrechte oder sachenrechtliche Ausflüsse personenrechtlicher Verhältnisse. Nur die selbständigen Sachenrechte sind im Sachenrechte darzustellen, wie auch das B.G.B. nur sie in seinem dritten Buche regelt. Es ist aber darauf hinzuweisen, dafs sich in ihnen der Begriff des begrenzten dinglichen Rechtes nicht erschöpft. Denn eine das Eigentum beschränkende privatrechtliche Macht, die unmittelbar die Sachen ergreift, kann auch als mehr oder minder unselbständiger Bestandteil eines aufserhalb des Sachenrechts entspringenden Rechtsverhältnisses begründet sein. Wenn z. B., wie im älteren deutschen Recht die vormundschaftliche Gewere, so im neuen bürgerlichen Recht die ehemännliche Verwaltung und Nutzniefsung und die elterliche Nutzniefsung nicht gleich dem ehemännlichen oder väterlichen Niefsbrauch romanistischer Prägung als selbständige Sachenrechte, sondern als Ausflüsse einer vom Familienrecht gewährten personenrechtlichen Stellung konstruiert sind, so haben sie doch, wie im Familienrecht nachzuweisen ist, damit nicht aufgehört, gleichzeitig dingliche Rechte zu sein. Keine selbständigen Sachenrechte und gleichwohl begrenzte dingliche Rechte sind ferner manche kraft Körperschafts- oder Anstaltsrechts mit der Mitgliedschaft oder einer Organstellung im Verbande verknüpfte Sonderrechte an Verbandsgut[9]. Ebenso können einer Gemeinschaft zur gesamten Hand begrenzte dingliche Rechte, wie z. B. Näherrechte der Teilhaber an den Anteilen der Genossen oder das im B.G.B. anerkannte gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben, eingefügt sein. Auch das dem Nacherben kraft seiner erbrechtlichen Stellung an der Erbschaft in der Hand des Vorerben zustehende Recht hat die Natur eines begrenzten dinglichen Rechts[10]. Nichts steht entgegen, auch die dem Testamentsvollstrecker am Nachlafs und sonstigen Treuhändern am anvertrauten Gut gebührende sachenrechtliche Herrschaftsmacht als begrenztes dingliches Recht aufzufassen[11].

2. Sehr ungleich sind die begrenzten dinglichen Rechte dem Inhalte nach beschaffen. Gerade die Verschiedenheit ihres Inhalts ist in erster Linie für ihre Sonderung in Arten bestimmend

---

[9] Oben Bd. I 538 ff., 606 ff., 617 Anm. 23, 643 Anm. 48.

[10] Hierfür sprechen die Vorschriften des B.G.B. § 2113—2115.

[11] Gemäfs B.G.B. § 2205, 1189, Hypothekenbankges. v. 13. Juli 1899 § 29 ff. Vgl. unten § 163 II, § 168 III 2.

Digitized by Google

geworden. Doch greift dieser Einteilungsgrund nicht vollständig durch, weil die Aufnahme römischer Kategorien, die im Laufe der Zeit vollzogene Wandlung des Inhalts mancher Rechte und die vielfach eingetretene Mischung trübend eingewirkt haben.

a. Im allgemeinen zerfallen die begrenzten dinglichen Rechte in drei grofse Gruppen[12].

Die erste Gruppe bilden die Gebrauchs- und Nutzungsrechte, die dem Berechtigten einen gegenwärtigen Sachgenufs verschaffen. Sie zerfallen wieder in solche, die auf Sachgenufs im Ganzen und die auf Sachgenufs in einzelnen Beziehungen gerichtet sind. Zu den ersteren gehören die römische Emphyteuse und die nicht zu Untereigentum entwickelten deutschen Leiherechte; der Niefsbrauch, die familienrechtlichen Nutzungsrechte und das Recht an der Pfründe; überdies, soweit sie verdinglicht wurden, Pacht und Miete. In die zweite Klasse gehören das Erbbaurecht und manche vererbliche und veräufserliche Nutzungsrechte deutscher Herkunft; die Dienstbarkeiten mit Ausnahme des Niefsbrauchs; die Reallasten[13]; die meisten körperschafts- oder anstaltsrechtlichen Nutzungsrechte (z. B. Gemeindenutzungsrechte und agrargenossenschaftliche Nutzungsrechte, Kirchstuhlsrechte, Begräbnisrechte).

Die zweite Gruppe umfafst die dinglichen Erwerbsrechte, die dem Berechtigten den Sacherwerb für einen bestimmten Fall sichern. Zu ihnen gehören die dinglichen Aneignungsrechte; die dinglichen Anwartschaftsrechte, wie das Erbenwartrecht des älteren deutschen Rechts, die anwartschaftlichen Rechte an Lehen, Stammgütern und Familienfideikommissen und das Recht des Nacherben;

---

[12] Die von Landsberg, B.R. S. 580 ff., durchgeführte Dreiteilung ist nur auf die selbständigen dinglichen Rechte des B.G.B. berechnet, aber auch für diese unannehmbar. Er stellt den „Nutzungsrechten“ und den „Verwertungsrechten“ als eine besondere Gruppe die „dinglichen Schuldverhältnisse“, denen er Vorkaufsrecht und Reallasten zuteilt, zur Seite Allein der Begriff der dinglichen Schuld sagt nur etwas über die Struktur, nichts über den Inhalt der Sachherrschaft aus. Was dinglich geschuldet wird, ist bei dem auf Erwerb des Grundstücks abzielenden Vorkaufsrecht und den auf wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück gerichteten Reallasten etwas durchaus Ungleiches. Überdies schliefsen, wie sich zeigen wird, auch die heutigen Grundpfandrechte, die Landsberg als reine Verwertungsrechte konstruieren will (S. 581 Anm. 2), eine dingliche Schuld ein.

[13] Dafs die Reallasten, weil sie grundsätzlich auf Mitgenufs des Grundstücksertrages gehen, zu den Nutzungsrechten gehören, wird unten in § 148 gezeigt werden.

Digitized by Google

die Näherrechte, die dinglichen Vorkaufsrechte und das dingliche Wiederkaufsrecht.

Die dritte Gruppe bilden die dinglichen Haftungsrechte, die dem Berechtigten eine Sache in der Weise unterwerfen, dafs er sich behufs Erlangung einer Leistung an sie halten kann. Dahin gehören die im Begriff des Pfandrechts zusammengefafsten, vom B.G.B. ohne gemeinsame Namen als „Hypothek“, „Grundschuld“, „Rentenschuld“ und „Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten“ bezeichneten Rechte. Verwandt sind die Rechte aus Beschlagnahme, insbesondere das Beschlagsrecht der Konkursgläubiger.

Hierbei ist jedoch nicht zu übersehen, dafs die Zuteilung der einzelnen Rechte zu einer dieser drei Gruppen nur den primären Rechtsinhalt ins Auge fafst. Wird der gesamte Inhalt in Betracht gezogen, so gehören manche dingliche Rechte mehreren Gruppen an. So begründen die Reallasten zugleich eine Sachhaftung (B.G.B. § 1107). So können dingliche Wartrechte, wie die Anwärterrechte beim Hausgut des hohen Adels und stiftungsmäfsig auch bei Familienfideikommissen, mit Anteil am Sachgenufs verbunden sein. So gewährten im älteren deutschen Recht manche Reallasten und kraft Verfallklausel auch das Pfandrecht zugleich ein Eventualrecht auf Sacherwerb. So kann ein Haftungsrecht als Nutzungspfandrecht zugleich vollen Sachgenufs verschaffen oder doch, wie die heutigen Grundpfandrechte, sich zugleich auf bestimmte Leistungen aus der Sache richten [14].

b. Die vorstehende Einteilung ist deshalb nicht erschöpfend, weil sie gewisse mögliche Bestandteile des dinglichen Rechtsinhaltes und die in bezug auf sie obwaltenden Verschiedenheiten unbeachtet läfst.

Zuvörderst ist das Recht auf den Besitz in manchen begrenzten dinglichen Rechten enthalten, während es den anderen fehlt. Unter den dinglichen Gebrauchs- und Nutzungsrechten gewähren die, die den Sachgenufs im ganzen ergreifen, grundsätzlich zugleich das Recht auf den Sachbesitz, die aber, die nur Sachgenufs in einzelnen Beziehungen verschaffen, bald das Recht auf Besitz an einem Sachteile, bald überhaupt kein Recht auf Sachbesitz; zu den Dienstbarkeiten gehören Rechte jeder dieser drei Klassen [15]. In

---

[14] Das Nutzungspfandrecht ist heute noch an Fahrnis möglich; B.G.B. § 1213. Dafs alle heutigen Grundpfandrechte eine reallastähnliche dingliche Schuld einschließen, ist später zu zeigen.

[15] Der Niefsbrauch gibt ein Recht auf den Besitz der Sache (B.G.B.

Digitized by Google

der Gruppe der Haftungsrechte ist der Gegensatz der Pfandrechte mit und ohne Besitzrecht von durchgreifender Bedeutung[16].

Sodann kann zum Inhalt des dinglichen Rechts eine Verfügungsmacht über die Sache gehören, während die obige Einteilung nichts darüber aussagt, ob und inwieweit sich der Rechtsinhalt auf die Verfügung über die Sache erstreckt. Fafst man die Herrschaft des Treuhänders an fremden Sachen als begrenztes dingliches Recht auf, so gibt es begrenzte dingliche Rechte, deren wesentlichen Inhalt überhaupt nur Verfügungsmacht bildet, ohne dafs eine selbstnützige Befugnis dahinter stünde[17]. Derartige Rechte bilden also eine besondere vierte Gruppe. Aber auch die selbstnützigen dinglichen Rechte enthalten zum Teil Verfügungsmacht. Manche Gebrauchs- und Nutzungsrechte gewähren die Befugnis zur Verfügung über einzelne von ihnen ergriffene Gegenstände[18]. Unter den Haftungsrechten schliefst das Fahrnispfandrecht die Befugnis zum Verkauf des Pfandes behufs Befriedigung ein[19]. Vielfach endlich begründet die dingliche Belastung Verfügungsbeschränkungen für den Eigentümer, so dafs der Berechtigte, indem gewisse Verfügungen über die Sache ohne seine Zustimmung unwirksam oder doch nicht vollwirksam sind, einen Anteil an der Verfügungsmacht empfängt. So zeichnen sich sämtliche dingliche Anwartschaftsrechte vor den anderen Erwerbsrechten durch die zu ihrer Sicherung dienenden Verfügungsbeschränkungen aus[20]. Auch Gebrauchs- und Nutzungsrechte können eine derartige Erweiterung

---

§ 1036), das Wohnungsrecht ein Recht auf Teilbesitz (§ 1093), die übrigen Dienstbarkeiten sind regelmäfsig nicht mit Sachbesitz verbunden.

[16] Dennoch bildete gerade das ältere deutsche Recht für beide Arten den einheitlichen Begriff „Pfand" oder „Satzung" aus.

[17] Der Testamentsvollstrecker hat im Zweifel das Recht auf den Besitz und das alleinige Verfügungsrecht über alle Nachlafsgegenstände; B.G.B. § 2205, 2211. Der Pfandhalter im Falle des § 1189 hat Verfügungsrecht. Der Treuhänder bei der Hypothekenbank hat Mitbesitz und ein Mitverfügungsrecht; Hypothekenbankges. § 30 Abs. 4, § 31.

[18] So die familienrechtliche Nutzniefsung, aber auch der Niefsbrauch an einem Sachinbegriff oder Vermögensganzen. Manche sprechen hier von einem „Dispositionsniefsbrauch".

[19] Nach röm. R. ist die Verkaufsbefugnis ein Wesensmerkmal des Pfandrechts überhaupt; anders nach deutschem und modernem Recht.

[20] Dem Erbenwartrecht entsprang das Beispruchsrecht, den Rechten der Lehns-, Stammguts- und Fideikommifsanwärter entspringen Veräufserungs- und Belastungsbeschränkungen, dem Rechte des Nacherben die dem Vorerben durch B.G.B. § 2113 ff. auferlegten Verfügungsbeschränkungen.

Digitized by Google

ihres Inhaltes erfahren[21]. Eine dinglich wirksame Verfügungsbeschränkung für den Eigentümer bewirken die Beschlagsrechte[22]. In gewissem Umfange besteht ein entsprechendes Verhältnis bei allen Rechten an Rechten[23].

Schliefslich tritt eine Verschiedenheit des Inhalts der begrenzten dinglichen Rechte in ihrer ungleichartigen Beziehung zum Wert der Sache hervor. Während für die Rechte der beiden ersten Gruppen in erster Linie der Gebrauchswert der Sache in Betracht kommt, fassen die heutigen Haftungsrechte von vornherein ihren Tauschwert ins Auge. Ein weiterer Unterschied ergibt sich bei den Rechten an Grundstücken daraus, ob sie grundsätzlich nur den Ertragswert oder zugleich den Substanzwert verstricken. Endlich aber ist es für manche dinglichen Rechte charakteristisch, dafs bei ihnen überhaupt die unmittelbare Herrschaft über den Sachkörper durch die Verweisung auf den Sachwert dergestalt zurückgedrängt wird, dafs sie ihrem Kern nach als Wertrechte erscheinen. So verhielt es sich schon im Mittelalter bei den als Reallasten auf ein Grundstück gelegten ablöslichen Geldrenten und so verhält es sich heute bei allen Grundpfandrechten[24]. Doch sind einerseits auch diese Rechte nicht zu reinen Wertrechten ausgestaltet; denn auch sie ergreifen die Sache selbst, nicht etwa bloß einen verselbständigten Wertteil[25]. Andererseits enthalten auch die zunächst auf unmittelbaren Sachgenufs oder Sacherwerb gerichteten Rechte insoweit ein Anrecht auf einen Wertteil, als für sie im Falle ihres Erlöschens an der Sache selbst ein den Sachwert aus-

[21] So ist die Beschränkung der Ehefrau in der Verfügung über ihr eingebrachtes Gut (B.G.B. § 1395 ff.) seit dem Wegfall der ehemännlichen Munt Ausflufs der dinglichen Belastung. Ein Recht der Zustimmung zu Veräußerungen und Teilungen kann nach dem Preuß. Ges. v. 27. Juni 1890 auch mit der Reallastberechtigung an einem Rentengut verbunden werden. Dagegen schliefst B.G.B. § 1136 die Verbindung einer Veräußerungs- oder Belastungsbeschränkung mit einem Grundpfandrecht aus.

[22] Konk.O. § 6 ff.; Zw.V.G. § 23.

[23] Denn immer ist die Aufhebung oder Änderung des belasteten Rechts von der Zustimmung des Berechtigten abhängig; B.G.B. § 876, 877, 1071, 1276.

[24] Vgl. unten § 151 Anm. 6 u. § 158 II 3.

[25] Die vielfach hervorgetretenen Bestrebungen, das Grundpfandrecht als Recht an einem Wertteil auszugestalten, sind im B.G.B. nicht durchgedrungen; vgl. unten § 158 II 3. — Als ein lediglich am Wert bestehendes dingliches Recht mufs freilich, wenn er überhaupt dem Begriff des Niefsbrauchs unterstellt werden soll, der Niefsbrauch an verbrauchbaren Sachen aufgefaßt werden; vgl. unten § 147 V.

Digitized by Google

drückender Geldbetrag an Stelle der Sache tritt und ihnen hierbei durch ihren Rang eine bestimmte wertrechtliche Stelle zugewiesen wird. Diesem Range gemäfs ist im Falle der Zwangsversteigerung eines Grundstücks der Wert derjenigen Rechte am Grundstücke, die durch den Zuschlag erlöschen, aus dem Versteigerungserlöse zu ersetzen[26]. Ebenso gehen Rechte an beweglichen Sachen, wenn sie infolge Pfandverkaufs an der Sache selbst erlöschen, mit ihrem Range auf den Erlös über[27]. In entsprechender Weise ergreifen die im Falle der Enteignung oder eines sonstigen staatlichen Eingriffs in den Sachkörper mitbetroffenen dinglichen Rechte in Höhe des entzogenen Wertes die an Stelle der belasteten Sache tretende Entschädigung[28].

3. Nach der Art der Bestimmung des Subjektes sind die begrenzten dinglichen Rechte entweder Realrechte oder Personalrechte und im letzteren Falle entweder höchstpersönliche oder übertragbare Rechte.

Die Unterscheidung in Realrechte und Personalrechte ist auf Grund des römischen Rechts zu einem durchgreifenden Einteilungsgrunde der Dienstbarkeiten erhoben, indem die Prädialservituten (Grunddienstbarkeiten) und die Personalservituten (Niefsbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten) als gesonderte Arten behandelt werden. Reallasten und Vorkaufsrechte können nach dem B.G.B. in beiderlei Gestalt vorkommen[29].

Der Gegensatz höchstpersönlicher und übertragbarer Rechte ist für die Einteilung der Gebrauchs- und Nutzungsrechte bedeutungsvoll. Denn nur als höchstpersönliche Rechte sind personale Dienstbarkeiten möglich, so dafs veräufserliche und vererbliche Rechte mit gleichem Inhalt, falls sie überhaupt als dingliche Rechte zugelassen sind, besondere Rechtsarten bilden[30]. Im übrigen sind manche dingliche Rechte ihrer

---

[26] Zw.V.G. § 92, 121. Für einen Nießbrauch, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit oder eine Reallast von unbestimmter Dauer ist der Wertersatz durch eine Geldrente, für andere Rechte durch ein Kapital zu leisten. — Im Falle der Zwangsverwaltung äufsern sich in entsprechender Weise die Rechte auf laufende Beträge wiederkehrender Leistungen als Wertanrechte an den Nutzungsüberschüssen; Zw.V.G. § 155.

[27] B.G.B. § 1247.

[28] B.G.B. E.G. Art. 52 u. 109; dazu oben § 128 X 4 S. 505 ff.

[29] Ebenso Näherrechte, Wiederkaufsrechte, Nutzungsrechte an der Allmende, Kirchstuhlsrechte.

[30] Vgl. unten Tit. II. Sowohl das Erbbaurecht des B.G.B., wie die ver-

Digitized by Google

Natur nach an die Person gebunden[31], andere verschiedener Ausgestaltung fähig[32].

4. Nach der Beschaffenheit des Objektes sind vor allem gemäfs dem Grundzuge des deutschen Rechts die dinglichen Rechte an Grundstücken und an beweglichen Sachen ungleich geartet. Von den im B.G.B. geregelten dinglichen Rechten ist überhaupt nur der Niefsbrauch an beiderlei Sacharten möglich; doch weist auch er als Grundstücksniefsbrauch und als Fahrnisniefsbrauch wesentliche Verschiedenheiten auf.

Ausschliefslich dem Liegenschaftsrechte gehören unter den Sachenrechten des B.G.B. das Erbbaurecht, die Grunddienstbarkeiten, die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, die Reallasten, das Vorkaufsrecht, die Hypothek, die Grundschuld und die Rentenschuld, unter den sonstigen Sachenrechten die Emphyteuse, die besonderen Nutzungsrechte deutscher Herkunft, die Anwartschaftsrechte an gebundenen Gütern, die meisten Näherrechte und das dingliche Wiederkaufsrecht an.

Ausschliefslich dem Fahrnisrechte wird vom B.G.B. das technisch als „Pfandrecht“ bezeichnete Recht zugeteilt. Als selbstständige Rechte an beweglichen Sachen können überhaupt nur Niefsbrauch und Pfandrecht begründet werden. Dagegen werden bewegliche Sachen als Zubehörungen eines Grundstücks auch von manchen liegenschaftlichen Rechten ergriffen[33].

Begrenzte dingliche Rechte sind auch an Rechten möglich. Selbständige liegenschaftliche Gerechtsame können für sich, Realrechte als Bestandteile eines Grundstücks den Gegenstand liegenschaftlicher Rechte bilden; die liegenschaftlichen Haftungsrechte erstrecken sich auf gewisse zum Grundvermögen gehörige persön-

---

erblichen Nutzungsrechte deutscher Herkunft könnten ihrem Inhalte nach zu den Dienstbarkeiten gezält werden.

[31] So die familienrechtlichen und regelmäfsig auch die körperschafts- und anstaltsrechtlichen Nutzungsrechte, die Anwartschaftsrechte, die meisten Näherrechte.

[32] Das Vorkaufsrecht an Grundstücken ist nach dem B.G.B. an sich unübertragbar und unvererblich, kann aber anders bestellt werden; § 1098 mit § 914. (Das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben ist vererblich; § 2034.) Die Reallastberechtigung ist an sich übertragbar und vererblich, kann aber an die Person gebunden werden (z. B. Altenteil, Leibrente); § 1111 Abs. 2. Ebenso das Pfandrecht (unübertragbar, wenn die Forderung unübertragbar ist).

[33] So kraft Abrede vom Vorkaufsrecht (B.G.B. § 1096), notwendig von den Grundstückspfandrechten (§ 1120—1121) und somit auch den Reallasten (§ 1107).

Digitized by Google

liche Forderungsrechte[34]. Niefsbrauch und Pfandrecht sind an jedem übertragbaren Rechte zulässig. Das eigentliche Objekt des dinglichen Rechts ist in allen Fällen der Rechtsgegenstand als unkörperliche Sache, an der für den Berechtigten eine unmittelbare und gegen Dritte wirksame, jedoch auf bestimmte Beziehungen eingeschränkte Mitherrschaft begründet wird[35].

Den Gegenstand eines begrenzten dinglichen Rechts kann endlich auch ein Vermögensinbegriff bilden. Die ehemännliche Verwaltung und Nutzniefsung ergreift das Frauengut, die elterliche Nutzniefsung das Kindesgut als Vermögensganzes. Das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben besteht an dem Anteil an solchem. Dem Rechte des Nacherben und dem Rechte des Testamentsvollstreckers unterliegt die Erbschaft als Ganzes. Die Rechte der Lehns- und Fideikommifsanwärter sind zu Rechten an einem Sondervermögen erweitert. Das Beschlagsrecht der Konkursgläubiger ist ein dingliches Recht am Konkursvermögen. Auch als Gegenstand der liegenschaftlichen Haftungsrechte erscheint infolge der Erstreckung auf bewegliche Sachen und Rechte das Grundvermögen im Sinne eines Sondervermögens[36]. In ähnlicher Weise ergreift das Pfandrecht der Schiffsgläubiger das Schiffsvermögen[37]. Endlich wird der Niefsbrauch an einem Vermögen vom B.G.B. zwar nur als Niefsbrauch an den einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenständen zugelassen, jedoch mit Wirkungen ausgestattet, in denen die Einheit des Vermögens zur Geltung kommt.

§ 140. Dingliche Rechte und Forderungsrechte.

I. Forderungsrechte auf Sachherrschaft. Gleich den begrenzten dinglichen Rechten können Forderungsrechte auf Sachherrschaft abzielen; sie können ein Recht auf den Besitz, auf

---

[34] B.G.B. § 1123 ff. (Miet- und Pachtzinsforderungen), § 1127 ff. (Versicherungsforderungen).

[35] Vgl. oben Bd. I 273. Der sachenrechtliche Charakter der Rechte an Rechten ist durch die Vorschriften des B.G.B. trotz § 90 gesichert. Insbesondere sind auch Niefsbrauch und Pfandrecht an Forderungen dergestalt ausgebaut, dafs der Berechtigte dem Schuldner neben dem Gläubiger als Teilhaber der Forderung entgegentritt. Abweichend Cosack II § 217 a I 2 § 246 I 1 b. Vgl. unten § 147 u. 172.

[36] Ebenso verhält es sich mit dem Recht des Gläubigers aus der Beschlagnahme einer Liegenschaft; Zw.V.G. § 20—21, 148.

[37] H.G.B. § 755 ff., B.Sch.G. § 103 ff. Dagegen besteht das Schiffspfandrecht nur an einem Sachinbegriff; B.G.B. § 1265.

Digitized by Google

Sachgenufs im Ganzen oder in einzelnen Beziehungen, auf Verfügung oder Unterlassung fremder Verfügung, auf Erwerb des Eigentums oder eines dinglichen Rechts, auf Befreiung von einer Last gewähren. Allein auch wo sie im wirtschaftlichen Erfolge sich mit dinglichen Rechten decken[1], sind sie von solchen im rechtlichen Wesen verschieden. Denn als persönliche Rechte ergreifen sie nicht unmittelbar die Sache, sondern verpflichten nur den Schuldner zu einer die Sache betreffenden Leistung. Die Sache ist in irgend einer Weise Leistungsgegenstand, aber nicht Rechtsgegenstand.

Das römische Recht bildete den Gegensatz der dinglichen und persönlichen Rechte im Anschlufs an die Unterscheidung zwischen actiones in rem und in personam aus, erhob die Verfolgbarkeit oder Nichtverfolgbarkeit gegen Dritte zum durchgreifenden Unterscheidungsmerkmal und zog zwischen beiden Klassen von Rechten eine scharfe Grenze. Wo es die actio in rem versagte, führte es seinen streng persönlichen Obligationenbegriff durch, der jede Einbeziehung des Leistungsgegenstandes und damit jede Annäherung an das Sachenrecht ausschlofs. Die vereinzelten Fälle, in denen es einem persönlichen Anspruch durch Gewährung einer actio in rem scripta die Richtung gegen den Sachbesitzer gab, waren nicht dazu angetan, eine Brücke zum Sachenrecht zu schlagen.

Für das deutsche Recht lag das Kennzeichen der dinglichen Rechte nicht in der Verfolgbarkeit gegen Dritte, sondern in der Bekleidung mit Gewere. Darum ging es von der Anschauung aus, dafs jedes persönliche Recht auf Sachherrschaft durch Hinzutritt einer entsprechenden Gewere zu dinglichem Rechte werde. Infolge hiervon erschien ihm ein derartiges Forderungsrecht als Vorstufe des Sachenrechts, gewissermafsen als werdendes Sachenrecht. Ein solches Recht konnte, wie überhaupt der germanische Schuldbegriff den Leistungsgegenstand als mittelbares Objekt in sich aufnahm, bereits eine Beziehung zur Sache herstellen. Insoweit dies der Fall war, hatten auch Dritte das persönliche Anrecht auf die Sache anzuerkennen. Hieraus erklärt sich die vielfach bezeugte Erscheinung, dafs ein älterer persönlicher Anspruch die unter Mifsachtung der schuldrechtlichen Verstrickung der Sache einem

[1] Man denke z. B. an persönliche und dingliche Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte; an die Möglichkeit, persönliche Rechte mit dem Inhalte irgend einer Dienstbarkeit zu begründen; an das Verhältnis persönlicher und dinglicher Miets- und Pachtrechte.

Digitized by Google

Dritten eingeräumte Gewere zu brechen und somit ein ihm widerstreitendes dingliches Recht zu besiegen vermag[2].

Mit der Rezeption zogen die römischrechtlichen Begriffe ein. Allein die deutschrechtlichen Anschauungen wirkten fort und trieben eigentümliche Bildungen hervor, die für das gemeine Recht nur in bestrittenen und allmählich wieder verdrängten Theorien lebendig wurden, in den älteren Gesetzbüchern aber feste Gestalt gewannen.

Unter dem Einflusse deutschrechtlicher Vorstellungen wurden zunächst Forderungsrechte auf den Erwerb von Eigentum oder dinglichem Recht als Titel des Sachenrechts behandelt. Hieraus entsprang die später auf alle Erwerbsarten ausgedehnte Lehre, daſs der Erwerb eines dinglichen Rechts stets nur durch das Zusammenwirken eines „titulus acquirendi" und eines „modus acquirendi" zustande komme[3]. Als Titel für den dinglichen Rechtserwerb wurden die Forderungsrechte in das Sachenrecht hineingezogen. Auf der einen Seite büſsten sie ihre selbständige Bedeutung ein[4]. Auf der anderen Seite aber erschienen sie als konstitutive Elemente des Sachenrechts[5]. Das preuſsische Landrecht insbesondere geht

---

[2] Daſs ein persönlich zum Erwerb einer Liegenschaft Berechtigter die Liegenschaft, wenn sie in Miſsachtung seines Rechts einem Dritten aufgelassen war, diesem bis zur Entstehung rechter Gewere abfordern konnte, ist für eine Reihe von Fällen mit Sicherheit nachweisbar; vgl. Laband, Vermögensr. Kl. S. 262, 272 ff., Krit. V.Schr. XV 389 ff.; Stobbe, Jahrb. f. D. XII 209 ff., D.P.R. § 175 Anm. 11; Sohm, Trauung und Verlobung S. 19. Für bewegliche Sachen ist ein ähnlicher Rechtssatz namentlich im nordischen Recht ausgebildet, aber wohl auch dem deutschen Recht nicht fremd; vgl. v. Brünneck, Reluitionsklage S. 10 ff., v. Amira, O.R. I 554 ff oben § 133 Anm. 1. — Das persönliche Recht ist, so lange es der Gewere darbt, kein Sachenrecht; die Verfolgbarkeit gegen Dritte stempelt es so wenig zu einem solchen, wie die beschränkte Verfolgbarkeit dem sachenrechtlichen Wesen der Rechte an Fahrnis Abbruch tut.

[3] Über diese Lehre vgl. Hugo, Civ. Mag. I 83 ff., IV 137 ff.; Thibaut, Civilist. Vers. I Nr. 11; Unger, Österr. P.R. II 8 ff.; Fr. Hofmann, Die Lehre vom titulus und modus acquirendi, Wien 1873. Sie findet sich voll entwickelt im Preuſs. L.R. (I, 2 § 131 ff., I, 9 § 1 ff., I, 10 § 1 ff.) und im Österr. Gb. (§ 380 u. 381, 424 u. 425, 449 u. 451, 480 u. 481).

[4] Das Preuſs. L.R. T. I Tit. 11 ff. u. der Code civ. Art. 711 ff. gehen so weit, die Obligationen überhaupt nur als sachenrechtliche Titel zu betrachten. Die rein persönlichen Obligationen bleiben dabei unbeachtet.

[5] Im Zusammenhange hiermit stand es, daſs das dingliche Rechtsgeschäft seine Selbständigkeit einbüſste und, soweit es nicht Bestandteile an das

Digitized by Google

von der Auffassung aus, dafs durch den Hinzutritt des Modus der Titel verdinglicht und somit durch Besitzerlangung oder Eintragung nur das bisher persönliche Recht zum nunmehr dinglichen Recht entfaltet wird[6].

An deutschrechtliche Vorstellungen knüpfte ferner die Lehre an, dafs das persönliche Recht, indem es als werdendes Sachenrecht bereits eine Beziehung zur Sache herstelle, ein Recht zur Sache (jus ad rem) begründe[7]. Nach der in das preufsische Landrecht übergegangenen älteren gemeinrechtlichen Theorie mufs dieses Recht zur Sache auch von Dritten geachtet werden; es ist daher zwar dem gutgläubigen Erwerber eines dinglichen Rechtes unschädlich, erzeugt aber gegen Jeden, der bei dem Erwerbe eines ihm widerstreitenden dinglichen Rechtes von ihm Kenntnis hatte, einen Anspruch auf Einräumung des ihm entsprechenden dinglichen Rechts[8].

---

obligatorische Rechtsgeschäft abgab, nur als Modus fortdauerte. Im französischen Recht aber wurde es völlig mit dem obligatorischen Rechtsgeschäft verschmolzen.

[6] Preuß. L.R. I, 2 § 134—136. Ähnlich Österr. Gb. § 381, 425, 451, 480.

[7] v. Brünneck, Über den Ursprung des sog. jus ad rem, Halle 1869; Sohm, Das Recht der Eheschließung S. 79 ff., 86 ff.; Heusler, Z. f. H.R. XXV 414, Inst. I § 77; Hinschius, Kirchenrecht II 652 ff.; Ziebarth, Die Realexekution und die Obligation, Halle 1866, S. 197 ff., 205 ff.; Stobbe I § 66. III § 175 Anm. 11—12 (b. Lehmann § 223), Lehmann b. Stobbe II 1 S. 82 ff.; Förster-Eccius § 156; Dernburg, Preuß. P.R. I § 185, B.R. III § 62. — Nach Brünneck wird der Begriff des jus ad rem zuerst bei Feudisten (vor 1296) und im kanonischen Recht (c. 8 X III, 7), erst seit dem 16. Jahrh. bei Zivilisten verwandt. Heusler, Inst. I § 77, sucht aus der Entwicklungsgeschichte des Begriffs darzutun, daß er keinen Zusammenhang mit dem älteren deutschen Recht habe. Allein auch dem kanonistischen und feudistischen Begriff liegt nach Heuslers eigner Darstellung die Auffassung zugrunde, daß das jus ad rem ein Werdestadium des jus in re sei. Darin aber zeigt sich deutschrechtliche Einwirkung.

[8] Preuß. L.R. I, 10 § 25, I, 19 § 5—6, auch I, 18 § 461; über die ältere Doktrin Ziebarth a. a. O. S. 201 Anm. 4. Das Recht zur Sache tritt auch ungleichartigen Rechten gegenüber ein, ausgenommen das Pfandrecht; Pl. Beschl. des O.Tr. Entsch. IX 25, R.Ger. III Nr. 74. Es erstreckt sich auch auf das Eigentum an unkörperlichen Sachen; R.Ger. XXXI Nr. 11 (Patentrecht). — Das Recht zur Sache ist kein dingliches Recht (a. M. Ziebarth a. a. O.), sondern ein persönliches Recht mit beschränkter dinglicher Wirkung; Lehmann a. a. O. S. 82 ff. — Im französ. R. kommt der Gedanke des jus ad rem darin zum Ausdruck, daß, obwohl an sich Eigentum durch Vertrag übergeht, doch im Falle der Doppelveräußerung der spätere Erwerber durch frühere Übergabe Eigentümer wird, dies aber nur, wenn er gutgläubig ist; Code civ. Art. 1141.

Digitized by Google

Aus deutschrechtlichen Vorstellungen endlich entsprang die Annahme, dafs an sich jedes persönliche Recht auf Sachherrschaft verdinglichungsfähig sei. Auch diesen Gedanken, der überall in der Erweiterung des Kreises der begrenzten dinglichen Rechte zum Durchbruch kam, führte das preufsische Landrecht in vollem Umfange durch. Denn nach ihm verwandelt sich jedes Recht zur Sache durch Hinzutritt der gehörigen Erwerbsart in ein dingliches Recht („Recht auf die Sache")[9]. So werden auch Leihe, Miete und Pacht durch Erlangung des Besitzes, Miete und Pacht von Liegenschaften überdies durch Eintragung zu dinglichen Rechten[10].

Das geltende deutsche Recht hat mit der Hineinziehung der Forderungsrechte in das Sachenrecht grundsätzlich gebrochen. Forderungsrechte und dingliche Rechte stehen getrennt nebeneinander. Der obligationenrechtliche Titel hat mit der Wiederbelebung und Verselbständigung des dinglichen Rechtsgeschäfts jede konstitutive Bedeutung für das Sachenrecht eingebüfst[11]. Das Recht zur Sache, das in Preufsen für das Liegenschaftsrecht schon durch die Neuordnung des Grundbuchrechts im wesentlichen beseitigt war[12], ist verschwunden[13]. Sachherrschaftsrechte, die nicht zu der geschlossenen Zahl der begrenzten dinglichen Rechte gehören, können auch durch Besitz oder Eintragung nicht zu dinglichen Rechten erhoben werden[14].

Gleichwohl ist das geltende deutsche Recht nicht zu dem schroffen römischrechtlichen Standpunkte zurückgekehrt. Vielmehr nähert es auf verschiedenen Wegen Forderungsrechte den Sachenrechten an, indem es sie mit dinglichen Wirkungen gegen Dritte bekleidet[15].

Vor allem kann jedes auf Änderung der dinglichen Rechtslage in Ansehung eines Grundstückes gerichtete Forderungsrecht durch

---

[9] Preufs. L.R. I, 2 § 133—136.

[10] Durch Eintragung wird auch nach Österr. Gb. Miete und Pacht zu einem dinglichen Recht; § 1095, 1121.

[11] Vgl. oben § 119 III S. 314 ff., § 133 II S. 546.

[12] R.Ger. XVIII Nr. 64; XXI Nr. 58 S. 315. Jedoch nicht völlig; R.Ger. III Nr. 74, XXXV 155.

[13] Unter Umständen kann jedoch der persönlich Berechtigte gegen den arglistigen Erwerber eines sein Forderungsrecht auf Sachherrschaft vereitelnden dinglichen Rechts einen Anspruch aus B.G.B. § 826 haben; Dernburg, B.R. III § 63 Z. 4.

[14] K.G. Berlin Seuff. LVI Nr. 103.

[15] Damit wird es unmöglich, das begriffliche Unterscheidungsmerkmal in die Verfolgbarkeit oder Nichtverfolgbarkeit gegen Dritte zu verlegen.

Digitized by Google

Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch dingliche Wirksamkeit erlangen[16]. Die Vormerkung bietet daher nicht nur einen Ersatz für das Recht zur Sache, sondern auch ein Mittel, zwar nicht alle, wohl aber gewisse auf Sachherrschaft abzielende Rechte, die als dingliche Rechte nicht mehr bestellt werden dürfen, als dinglich wirksame persönliche Rechte zu begründen[17].

Sodann empfängt das liegenschaftliche Miets- und Pachtrecht (an Grundstücken, sowie an Wohnräumen und anderen Räumen) durch Überlassung des Besitzes dingliche Kraft gegenüber jedem später erworbenen Recht an der Sache[18].

Ebenso wird ein persönliches Erwerbsrecht an Früchten oder anderen Bestandteilen durch Überlassung des Besitzes der Stammsache mit dinglicher Wirksamkeit begabt[19].

Im Bereiche des Fahrnisrechtes werden überhaupt alle persönlichen Rechte auf Sachherrschaft, sobald sie mit Sachbesitz verbunden sind, durch die sachenrechtlichen Wirkungen des Fahrnisbesitzes in gewissem Umfange verdinglicht, indem sie durch das Einwendungsrecht aus dem Besitz Kraft gegenüber einem später erworbenen Recht an der Sache und durch die Klage aus früherem Besitz Verfolgbarkeit gegen Dritte erlangen[20]. So das Recht des Mieters, Pächters oder Entleihers, aber auch des Verwahrers oder selbständigen Verwalters einer beweglichen Sache.

An dieser Verdinglichung durch das Besitzrecht nimmt auch jedes einem Schuldverhältnisse als persönliches Hülfsrecht entspringende Zurückbehaltungsrecht teil, sobald seinen Gegen-

---

[16] Vgl. oben § 119 XI 1 S. 334 ff.

[17] So z. B. ein Wiederkaufsrecht, ein Vorkaufsrecht zu festem Preise, ein Vorkaufsrecht an einer Hypothek, ein Wartrecht aus Vermächtnis. Nicht dagegen ein Miets- oder Pachtrecht, ein Nutzungspfandrecht, ein die Grenzen des zulässigen Inhalts der Dienstbarkeiten überschreitendes Gebrauchs- oder Nutzungsrecht.

[18] B.G.B. § 571—580, § 581 Abs. 2. Davon ist im Recht der Schuldverhältnisse zu handeln. Denn keineswegs wird, wie Fischer, Sachenr. S. 17, Meißner zu § 571 Anm. 3, Kuhlenbeck II 306, Fuchs S. 35 und bes. Cosack II § 238 u. 239 annehmen, hiermit das Miets- oder Pachtrecht zum dinglichen Recht. Es bleibt ein Forderungsrecht und unterwirft daher grundsätzlich die Sache nur mittelbar der Herrschaft des Mieters oder Pächters. Vgl. bes. Crome, Jahrb. f. D. XXXVII 1 ff.; auch Gierke, Fahrnisbesitz S. 20 Anm. 49, Schollmeyer, Schuldv. S. 52, Endemann I § 176 Anm. 19, Planck zu § 571 Bem. 1, Oertmann vor § 571 Bem. 3, Dernburg II § 215 Anm. 18, Mittelstein, Die Miete, Berlin 1900, § 78.

[19] Oben § 137 II 3 b S. 592 ff.

[20] B.G.B. § 986 Abs. 2, § 1007; oben § 116 III 2 u. 3 S. 261 ff.

Digitized by Google

stand eine bewegliche Sache bildet. Stärker noch ist einem dinglichen Rechte das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht angenähert, indem es überdies hinsichtlich der Befriedigung aus der Sache mit pfandrechtlichen Wirkungen ausgestattet ist[21].

Zu den persönlichen Rechten mit dinglicher Wirkung gehört endlich auch das konkursrechtliche Verfolgungsrecht des Verkäufers und des Einkaufskommissionärs an noch nicht vollbezahlten Waren, die von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner übersandt und nicht schon vor der Konkurseröffnung am Ablieferungsort angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder eines Anderen für ihn gelangt sind[22].

II. Sachenrechte mit Forderungsinhalt. Manche begrenzten dinglichen Rechte enthalten schuldrechtliche Bestandteile. Auch in dieser Richtung war das deutsche Recht einer Verbindung von Sachen- und Schuldrecht mehr als das römische geneigt. Und auch hierin hat sich das heutige Recht trotz seiner grundsätzlichen Trennung beider Rechtsgebiete deutschrechtlichen Einflüssen nicht entziehen können.

1. Gewissen dinglichen Rechten entspringt ein persönliches Schuldverhältnis zwischem dem Berechtigten und dem jeweiligen Eigentümer der Sache[23]. Dieses Schuldverhältnis

---

[21] H.G.B. § 371 (Recht des Pfandverkaufs, doch erst auf Grund eines vollstreckbaren Titels); Konk.O. § 49 Z. 4 (Absonderungsrecht). Ein dingliches Recht ist es trotzdem nicht. Dies spricht das neue H.G.B. in § 369 Abs. 2 deutlich aus. Vgl. Cosack, H.R. § 30 S. 157 ff., Düringer u. Hachenburg zu H.G.B. § 369 Bem. IV. A. M. Staub zu § 369 Anm. 38, der auch dem neuen Gesetz gegenüber seine zum alten H.G.B. Art. 316 § 14 entwickelte Auffassung festhält, dafs das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ein dingliches Recht sei. In Wahrheit ist es auch nach dem alten H.G.B. nur ein persönliches Recht mit pfandrechtlichen Wirkungen; R.Ger. VIII Nr. 20, XIV Nr. 36, Seuff. XLVI Nr. 113; Laband, Z. f. H.R. IX 484, Gareis u. Fuchsberger S. 663, Kohler, Konkurs S. 176 Anm. 3. — Ähnlich verhält es sich mit dem Zurückbehaltungsrecht des Besitzers wegen Verwendungen; B.G.B § 1000. Zum Teil auch mit dem Recht aus eigenmächtiger Pfändung; oben Bd. 1 350.

[22] Konk.O. § 44. Dieses Recht ist, wenn das Eigentum vor der Ablieferung oder noch nach der Konkurseröffnung auf den Gemeinschuldner übergegangen ist, an sich nur ein Forderungsrecht auf Rückübereignung, gewährt aber kraft seiner dinglichen Wirksamkeit ein Aussonderungsrecht. Vgl. Oetker, Das Verfolgungsrecht, 1883, S. 54 ff.; Kohler, Konkursrecht S. 175; Jäger zu K.O. § 44; Seuffert, Konkursproz. S. 94 ff. — Dagegen erklären es Cosack, H.R. S. 158, u. Staub, Exkurs zu H.G.B. § 382 Anm. 78, für ein dingliches Recht.

[23] So nach dem B.G.B. dem Nießbrauch (§ 1034 ff.), dem Wohnungsrecht

Digitized by Google

untersteht als solches den Regeln des Obligationenrechts[24], bildet aber als Ausflufs des dinglichen Rechts einen organischen Bestandteil des einheitlichen Gesamtverhältnisses, das als Ganzes dem Sachenrecht angehört[25].

2. Andere dingliche Rechte setzen ein persönliches Schuldverhältnis voraus. Dies ist bei allen zur Sicherung einer Forderung bestimmten Haftungsrechten, somit nach heutigem Recht bei der Hypothek und dem Pfandrecht der Fall. Die Forderung als solche steht hier aufserhalb des sachenrechtlichen Verhältnisses. Allein die moderne Hypothek nimmt, während sie die Forderung sachenrechtlichen Einwirkungen unterwirft, zugleich den Forderungsinhalt als selbständigen sachenrechtlichen Bestandteil in sich auf[26].

3. Endlich gibt es dingliche Rechte deutscher Herkunft, die ein selbständiges dingliches Schuldverhältnis einschliefsen, das zwar gleichen Inhalt wie ein persönliches Schuldverhältnis hat, jedoch als reine Sachbelastung erscheint und darum in keiner Weise dem Obligationenrecht, sondern ausschliefslich dem Sachenrecht angehört. Das deutsche Recht hat als Typus derartiger Rechte die Reallasten ausgebildet; nach ihrem Vorbild haben die modernen Grundpfandrechte in den Rahmen des Haftungsrechtes ein dingliches Schuldverhältnis aufgenommen[27].

(§ 1093 Abs. 1), dem Vorkaufsrecht (§ 1098 ff.), den Reallasten (§ 1108); auch dem Besitzpfandrecht, bei dem indes das Schuldverhältnis nicht gegenüber dem Eigentümer als solchem, sondern gegenüber dem Verpfänder besteht (§ 1215 ff.). — Von diesem im Sachenrecht wurzelnden gesetzlichen Schuldverhältnis ist im Sinne des B.G.B. scharf das etwa zugrunde liegende vertragsmäfsige Schuldverhältnis zu trennen, das auch insoweit, als es fortbesteht, nicht in das Sachenrecht eintritt. Anders nach der älteren deutschen Auffassung, nach der die Bekleidung mit Gewere den schuldrechtlichen Inhalt eines Rechts unberührt läfst. Anders auch nach der Theorie des verdinglichten Titels (vgl. Preufs. L.R. I, 2 § 139), nach der im dinglichen Recht das gesamte grundlegende Schuldverhältnis, soweit es sich nicht in der Hervorbringung des dinglichen Rechts erschöpft hat, enthalten bleibt. So bei verdinglichten Miets-, Pacht, Leihe-, Vorkaufs- und Wiederkaufsrechten.

[24] Darum ist es auch vertragsmäfsig abänderlich.

[25] Darum wird es auch vom B.G.B. im Sachenrecht mitgeregelt.

[26] Vgl. unten § 160 IV.

[27] Die dingliche Schuld ist bei der Reallast Hauptschuld und kann, während sie regelmäfsig mit einer persönlichen Nebenschuld verbunden ist (oben Anm. 23), als Alleinschuld bestehen; sie wird bei der Hypothek durch eine begrifflich prinzipale persönliche Schuld bestimmt (oben Anm. 26), hat aber auch bei ihr ein selbständiges Dasein; sie ist bei der Grundschuld und bei der Rentenschuld begrifflich Alleinschuld. Näher ist unten von ihr zu handeln; vgl. bes. § 148 III, 156 III, 158, 160 III.

Digitized by Google

Zweiter Titel.

Erbliche Nutzungsrechte.

§ 141. Das Erbbaurecht.

I. Begriff. Erbbaurecht ist das veräufserliche und vererbliche Recht an einem Grundstücke, auf oder unter dessen Oberfläche ein Bauwerk zu haben.

II. Geschichte. Obschon dem älteren deutschen Recht verwandte Rechtsverhältnisse bekannt waren[1], stammt das Erbbaurecht als besonderes Rechtsinstitut aus der römischen superficies, die in das gemeine deutsche Recht aufgenommen und nur in einzelnen Punkten umgebildet wurde[2]. Die neueren Gesetzbücher erkannten das superfiziarische Recht an, behandelten es aber in sehr verschiedener Weise[3]. Das B.G.B. schliefst sich

---

[1] So namentlich die städtische Hausleihe, die ein vererbliches und veräußerliches Recht an der Baustelle gegen jährlichen Zins (Wortzins) gewährte. Doch ging dieses Recht, das früh als ein nutzbares Eigentum am Grundstücke (in dem gewöhnlichen Falle der Verleihung einer leeren Baustelle vielfach als Eigentum an der „Besserung") aufgefaßt wurde, schon im Mittelalter meist in Volleigentum mit bloßer Zinsbelastung über. Vgl. Arnold, Zur Gesch. d. Eigt. S. 59, 149 ff.; Rosenthal, Zur Gesch. des Eigt. in Würzburg S. 34 ff., 64 ff.; Gobbers, Z. f. R.G. XVII 130 ff.; Pauli, Abh. IV 2 ff., 148 ff.; Heusler, Inst. II 175 ff.; Stobbe II § 99 (136); Schröder, Miteigent. S. 46 ff. — Auch das Stockwerkseigentum bietet Berührungspunkte; oben § 103 II 1 c S. 42.

[2] v. Wächter, Das Superfiziarrecht oder Platzrecht, 2. Ausg., Leipzig 1868; Degenkolb, Platzrecht und Miete, 1867; Mandry, Krit. V.Schr. XII 508 ff.; J. Merkel, Rechtslex. III 833 ff.; Windscheid § 223; Dernburg, Pand. I § 258 ff.; Roth, D.P.R. § 289; Stobbe II § 99 (136). Vgl. auch Reyscher, Württ. P.R. II § 398; Falck, Schlesw.-Holst. P.R. V § 133; Roth, Bayr. C.R. II § 238.

[3] Im Bayr. L.R. IV c. 7 § 34 erscheint es nach den Anm. v. Kreittmayrs als ein Fall des geteilten Eigentums; doch haben neuerdings Regelsberger, Bayr. Hyp.R. (1. Aufl.) § 46 Z. 12, u. Roth, D.P.R. § 289 Anm. 4 (anders Bayr. C.R. § 238), nachzuweisen gesucht, daß diese Auffassung nicht dem Gesetzesinhalte entspreche. Das Preuß. L.R. I, 22 § 243 ff. stellt das superfiziarische Recht zu den „Arten der Grundgerechtigkeiten"; vgl. Dernburg, Preuß. P.R. I § 289; Förster-Eccius III § 187 a. E. Das Österr. Gb. § 1125, 1147 u. 1150 nimmt ein die Oberfläche gegen „Bodenzins" ergreifendes Nutzeigentum an; Krainz § 261 ff. Im Sächs. Gb. § 661 sind „Baurecht" und „Kellerrecht" Abarten der persönlichen Dienstbarkeit, die zu veräußerlichen und vererblichen Rechten werden, wenn sie ein Folium im Grundbuch erhalten haben. Über das französ. R. vgl. Zachariae-Crome I § 188 II. In der Pfalz und in Rheinhessen wurde die superficies durch

Digitized by Google

dem gemeinen Rechte an. Es gestaltet die Superfizies, die bisher auch als „Platzrecht“, hier und da als „Zimmerrecht“, „Kellerrecht“ oder „Bodenzinsrecht“ bezeichnet wurde, unter dem Namen „Erbbaurecht“ als ein besonderes dingliches Recht aus[4]. Das Erbbaurecht ist nunmehr das einzige kraft Reichsrechts zulässige erbliche Nutzungsrecht an einer Sache. Zugleich aber ist es ohne Vorbehalt der landesgesetzlichen Regelung entzogen[5].

III. Inhalt. Den Inhalt des Erbbaurechts kann die Benutzung des belasteten Grundstücks für ein Bauwerk jeglicher Art bilden. Das Erbbaurecht ist daher nicht blofs für Gebäude (Wohn- oder Wirtschaftsgebäude), sondern auch für sonstige bauliche Anlagen (Mauern, Türme, Denkmäler, Brücken, Schienenwege, Tunnel, Keller usw.) zulässig. Es kann überdies auf die Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Grundstücksteils zum Vorteil der Bauwerksbenutzung (z. B. als Hof, Garten, Zugangsweg, Vorlagerungsraum) erstreckt werden. Dagegen ist seine Beschränkung auf einen Gebäudeteil unzulässig[6]. Die Bestellung eines Erbbaurechts für andere als bauliche Anlagen, insbesondere für Pflanzungen, ist ausgeschlossen[7].

Sondereigentum an einem Gebäude ersetzt: dieses ist aber durch das Liegenschaftsges. für die Pfalz v. 1. Juli 1898 Art. 19 Abs. 1 u. das Hess. A.G. z. B.G.B. Art. 220 Abs. 1 in ein Erbbaurecht verwandelt.

[4] B.G.B. III Abschn. 4 § 1012—1017; dazu die Kommentare, sowie Cosack II § 215a, Endemann § 97, H. Lehmann § 75, Dernburg III § 162.

[5] Ältere superfiziarische Rechte bestehen mit ihrem bisherigen Inhalte fort. Ein Erbbaurecht mit einem nach B.G.B. unzulässigen Inhalt kann aber nicht neu begründet werden. Andererseits sind alle landesgesetzlichen Verbote oder Einschränkungen aufgehoben. Damit erledigt sich für die Zeit seit dem 1. Januar 1900 die Streitfrage, inwieweit durch das Preuſs. G. v. 2. März 1850 § 91 die Begründung einer Superfizies unzulässig geworden war. Übrigens hat der richtigen Ansicht nach das Ablösungsgesetz weder die Superfizies in Eigentum verwandelt, noch ihre Neubegründung verboten; Eccius § 185 Anm. 33, Roth, D.P.R. § 289 Anm. 9; R.Ger. b. Gruchot XL 1125; teilweise a. M. Dernburg, Preufs. P.R. I § 289, B.R. III § 161.

[6] B.G.B. § 1014. Anders nach gem. R.; Wächter a. a. O. S. 50 ff.; Seuff. VI Nr. 152. Durch das Liegenschaftsges. f. d. Pfalz v. 1. Juli 1898 Art. 19 Abs. 2 u. das Hess. A.G. z. B.G.B. Art. 220 Abs. 3 ist in der bayr. Pfalz und in Rheinhessen bisheriges Sondereigentum an einzelnen Teilen eines fremden Gebäudes in ein dem Erbbaurecht des B.G.B. analoges Recht verwandelt. Über bestehendes Kellerrecht in Rheinpreufsen vgl. R.Ger. LVI Nr. 68.

[7] Nach gem. R. war eine Pflanzungssuperfizies zulässig; Wächter S. 53. Windscheid Anm. 20, Roth a. a. O. Anm. 3. Ebenso nach Preuſs. L.R. I 22 § 243, Österr. Gb. § 1147. Über die Unzweckmäfsigkeit der Abschaffung durch das B.G.B. vgl. Dernburg, B.R. III § 162 Anm. 4.

Digitized by Google

Nicht zum Inhalt des Erbbaurechts gehört ein dem Eigentümer etwa zu entrichtender Bodenzins[8]. Auch entspringt dem Erbbaurecht kein gesetzliches Schuldverhältnis in Ansehung der Instandhaltung des Grundstücks oder des Bauwerks und der Tragung der darauf ruhenden Lasten[9].

IV. Wesen. Das Erbbaurecht ist gleich der superficies kein nutzbares Eigentum am Grundstücke[10], sondern ein begrenztes dingliches Recht, das auf dem Grundstücke lastet und im Grundbuche auf dem Blatte des belasteten Grundstücks eingetragen wird[11]. Über das Eigentum am Bauwerke ist damit nichts ausgesagt[12]. Es steht dem Erbbauberechtigten zu, wenn er das Bauwerk in Ausübung seines Rechtes selbst errichtet hat[13]. Dagegen

---

[8] Während nach röm. R. das „solarium" begriffswesentlich war (Degenkolb a. a. O. S. 29 ff.), liefs schon das gemeine Recht dies Erfordernis fallen. Ebenso die neueren Gesetzbücher außer dem Österr. Gb. § 1125. Nach B.G.B. kann das Erbbaurecht entgeltlich oder unentgeltlich und im ersteren Falle gegen Kapital oder Rente gewährt werden; die Rente steht aber aufserhalb des Erbbaurechtsverhältnisses und bedarf, um das Erbbaurecht dinglich zu belasten, der Eintragung als besondere Reallast.

[9] Besondere Pflichten des Eigentümers oder des Erbbauberechtigten hinsichtlich der dem anderen Teil gehörigen Sache können daher nur durch besondere Vereinbarung begründet werden und fallen nicht in das Erbbaurechtsverhältnis; eintragbar sind sie nur als selbständige Reallasten. Vgl. Planck zu § 1012 Bem. 3c, Biermann Bem. 4, H. Lehmann § 75 Z. 7, Dernburg § 162 Z. 10.

[10] Die einst vorherrschende Annahme von geteiltem Eigentum (oben § 121 S. 370) ist in der gemeinrechtlichen Lehre schon seit längerer Zeit wieder aufgegeben und auch in die meisten Gesetzbücher nicht übergegangen (oben Anm. 3). Vgl. indes Meckl. A.V. § 5, oben § 121 Anm. 25.

[11] Die Belastung ergreift, auch wenn das Benutzungsrecht auf einen Grundstücksteil beschränkt ist, das ganze Grundstück; die Belastung eines Grundstücksteils ist durch Grdb.O. § 6 regelmäfsig ausgeschlossen, aber möglich; die Belastung eines Bruchteils ist unmöglich.

[12] Unrichtig nehmen Fuchs zu § 1012 Bem. 8, H. Lehmann § 75 Z. 6, Cosack § 215 a III 2 an, dafs das Eigentum notwendig dem Erbbauberechtigten zustehe. Vgl. dagegen Strohal S. 35, Biermann zu § 1012 Bem. 3, Endemann § 97, Wolff, Bau auf fremdem Boden S. 74 ff., Oertmann, Arch. f. b. R. XX 185 ff. — Bei der gemeinrechtlichen superficies ist die Anlage notwendig Eigentum des Grundeigentümers, jedoch als Gegenstand des superfiziarischen Rechts freier Benutzung und Verfügung des Berechtigten unterworfen; Wächter a. a. O. S. 40 ff., Roth, D.P.R. § 289 III, Windscheid § 223 Anm. 3—4, Seuff. VI Nr. 152.

[13] Vgl. oben § 103 S. 46. Dann ist das Bauwerk eine besondere Sache. Allein es folgt mangels anderer Bestimmung den rechtlichen Schicksalen des Erbbaurechts und wird von der Belastung desselben mitergriffen. Dieser praktisch

Digitized by Google

bleibt es mit dem Grundeigentum vereinigt, wenn das Bauwerk bei der Begründung des Erbbaurechts schon errichtet war[14].

Das Erbbaurecht ist aber gleichzeitig eine selbständige liegenschaftliche Gerechtigkeit[15]. Darum ist es, als Gegenstand gedacht, eine besondere unkörperliche Sache, die wie ein Grundstück behandelt wird und ein eigenes Grundbuchblatt erhält. Und darum ist es, als Recht genommen, ein eigentumsähnliches Recht, das nach den für das Grundeigentum geltenden Regeln erworben und geschützt wird[16].

Seinem Subjekte nach ist das Erbbaurecht notwendig Personalrecht[17], jedoch so wenig, wie das Eigentum, an die Person gebunden. Vielmehr ist es unter Lebenden und von Todes wegen übertragbar. Als vererbliches Recht ist es auf unbegrenzte Dauer angelegt, kann aber auch auf Zeit bestellt werden[18].

V. Begründung. Die Begründung fordert dinglichen Vertrag, der an die Form der Auflassung gebunden ist, jedoch abweichend von der Eigentumsauflassung Bedingung und Befristung verträgt[19], und Eintragung auf dem Blatte des belasteten Grund-

---

unentbehrliche Rechtssatz läfst sich nur aus der Anwendung der Vorschriften über Zubehör auf das in der Tat in einem Zugehörigkeitsverhältnis zum Erbbaurecht (oder vielmehr dem Erbbaurechtsgegenstande als unkörperlicher Sache) stehende Bauwerk gewinnen; vgl. oben § 105 Anm. 60, Wolff a. a. O. S. 78 ff. Denn wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts, wie Fuchs zu § 1015 Bem. 5 und Biermann zu § 1017 Bem. 1 annehmen, kann das Bauwerk, da es eine Sache für sich ist, nicht sein. Auch nicht, wie dies in richtigerer Gedankenwendung Oertmann a. a. O. S. 190 ff. (unter Billigung von Kober zu § 1012 Bem. 1 c) ausführt, wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechtsgegenstandes (den übrigens Oertmann unrichtig als „körperliche" Sache auffassen zu dürfen glaubt).

[14] In diesem Falle ist das Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Grundstücks und als solcher eben nur dem Erbbaurecht, das zum „Haben" des Bauwerks und damit jedenfalls zu dessen Besitz und Benutzung berechtigt, mitunterworfen. Dagegen unterliegt es keiner Verfügung des Erbbauberechtigten.

[15] Diese dem röm. R. fremde Auffassung war mit der Grundbuchgesetzgebung schon bisher zum Durchbruch gekommen; Roth a. a. O. Anm. 13.

[16] B.G.B. § 1017; nach E.G. Art. 184 auch auf ältere Rechte anwendbar.

[17] Als Realrecht kann es nach B.G.B. nicht bestellt werden. Doch ist seine Vereinigung mit einem Grundstück als dessen (unwesentlicher) Bestandteil gemäfs § 890 möglich; oben § 119 II S. 310 Anm. 18.

[18] Üblich ist besonders das langfristige Erbbaurecht (z. B. auf 99 oder 100 Jahre).

[19] Nur kann nicht das Erlöschen mit dem Tode oder mit der Veräufserung bedungen werden; Planck zu § 1012 Vorbem. 5, Biermann

Digitized by Google

stücks[20]. Aufserdem ist Begründung durch Buchersitzung möglich[21]. Die für die Begründung geltenden Regeln sind auch für eine Änderung des Rechtsinhaltes mafsgebend[22].

VI. Übertragung. Zur rechtsgeschäftlichen Übertragung des Erbbaurechts bedarf es der Auflassung, die hier durchaus der Eigentumsauflassung entspricht und daher weder Bedingung noch Befristung verträgt[23], und der Eintragung auf dem Blatte des Erbbaurechtes[24].

VII. Belastung. Ebenso erfolgt die Belastung eines Erbbaurechts nach den für die Belastung von Grundstücken geltenden Vorschriften. Die rechtsgeschäftliche Belastung kommt daher durch formfreien dinglichen Vertrag und Eintragung auf dem Blatte des Erbbaurechts zustande. Das Erbbaurecht kann mit Dienstbar-

---

Bem. 1; a. M. Neumann Bem. 5, bezüglich des Todes auch Lehmann § 75 Z. 10. Die Bestellung unter der auflösenden Bedingung der Nichtzahlung eines Bodenzinses oder der Nichterfüllung einer sonst übernommenen Verpflichtung ist möglich; auf diese Weise kann eine schuldrechtliche Vereinbarung mit dem Erbbaurechtsverhältnis in Verbindung gesetzt werden. — Auf den obligationenrechtlichen Vertrag über die Bestellung ist B.G.B. § 313 anwendbar; Biermann zu § 1017 Bem. 1, Kober zu § 1015 Bem. 1, Fuchs Bem. 5, Oertmann zu § 313 Bem. 3, Schollmeyer Bem. 1, Gutbrod, Der Grundstücksveräußerungsvertrag S. 57 Anm. 2; a. M. Männer § 31 und in 3. Aufl. Planck zu § 313 Bem. 1.

[20] B.G.B. § 1015 mit § 873, Grdb.O. § 20. Die Anlegung eines besonderen Blattes für das Erbbaurecht ist zu dessen Entstehung nicht erforderlich, erfolgt daher nur auf Antrag. — Nach gemeinem Recht genügte Vertrag; Wächter a. a. O. S. 61 ff., Windscheid Anm. 12. Tradition, wie Lenel, Jahrb. f. D. XIX 190 ff., u. Dernburg, Pand. I § 529 Anm. 8, annehmen, war nicht erforderlich. Die meisten Partikularrechte aber banden die Entstehung an Eintragung; Roth, Anm. 13.

[21] B.G.B. § 900 Abs. 2. Dagegen ist § 927 unanwendbar; Planck zu § 1017 Bem. 4, Biermann Bem. 2, Fuchs Bem. 5 d; a. M. Männer § 32 Anm. 4, Kipp b. Windscheid § 223 S. 1004, Kober zu § 1017 Bem. 2 a, H. Lehmann § 75 Z. 3. — Gemeinrechtlich war Ersitzung zulässig; Wächter S. 101 ff., R.Ger. VII Nr. 45.

[22] Die Einigung darüber bedarf also der Auflassungsform; Planck zu § 1015 Bem. 4, Fuchs Bem. 4, Biermann Bem. 1.

[23] Planck zu § 1015 Bem. 3, Biermann Bem. 1, Predari zu Grdb.O. § 7 Bem. 5, Kipp S. 1003, Cosack § 215 a II 2; a. M. Endemann § 59 Anm. 5, Fuchs zu § 1015 Bem. 2, Kober Bem. 1.

[24] Die Anlegung dieses Blattes ist zur Übertragung unerläßlich und erfolgt daher hier von Amts wegen; Grdb.O. § 7. — Nach gemeinem Recht bedurfte es der Tradition; Windscheid Anm. 15, R.Ger. IX Nr. 99; a. M. Wächter S. 106.

Digitized by Google

keiten, Reallasten, Vorkaufsrechten und Grundpfandrechten belastet werden[25].

VIII. Beendigung. Die Beendigung des Erbbaurechts richtet sich nach den Vorschriften über die Beendigung der begrenzten Rechte an Grundstücken. Somit erfolgt die rechtsgeschäftliche Aufhebung durch Verzichtserklärung und Löschung auf dem Blatte des belasteten Grundstücks[26]. Aufserdem erlischt das Erbbaurecht durch Eintritt einer ihm gesetzten Endfrist oder auflösenden Bedingung, durch Buchversitzung[27], durch Wegfall infolge der Zwangsversteigerung, durch Enteignung, durch Untergang des Grundstücks. Dagegen ist der Untergang des Bauwerks kein Beendigungsgrund[28].

§ 142. Vererbliche und veräufserliche Nutzungsrechte des Landesrechts.

I. Überhaupt. Neben dem Erbbaurechte bestehen nach Landesrecht andere vererbliche und veräufserliche Nutzungsrechte an Grundstücken. Unter ihnen entstammt die Emphyteuse, die aber in Deutschland nur geringe Verbreitung gefunden hat und fast ganz wieder verschwunden ist, dem römischen Recht[1]. Die übrigen sind deutscher Herkunft, manche von ihnen aber nur noch Trümmer zerfallener Bauten.

Gleich dem Erbbaurecht sind solche Nutzungsrechte, da sie eine Herrschaft über ein Grundstück dauernd vom Eigentum ablösen und einen hierdurch bestimmten besonderen Vermögens-

[25] Die Belastung ergreift, wenn das Bauwerk dem Erbbauberechtigten gehört, auch das Bauwerk; vgl. oben Anm. 13. Gehört das Bauwerk dem Eigentümer, so erstreckt sich das dingliche Recht des Dritten nur auf dessen Benutzung; oben Anm. 14.

[26] Die Schliefsung des Blattes des Erbbaurechts ist weder erforderlich noch ausreichend; unrichtig Fuchs zu § 1015 Bem. 6.

[27] Über Beendigung durch Ersitzung der Eigentumsfreiheit nach gem. R. vgl. R.Ger. XXII Nr. 40, Seuff. XLVIII Nr. 172.

[28] B.G.B. § 1016. Der Berechtigte kann also ein neues Bauwerk errichten. Anders nur, wenn das Erbbaurecht durch den Untergang des Bauwerks auflösend bedingt war. Ebenso verhielt es sich nach gemeinem Recht; Wächter S. 116 ff., Windscheid Anm. 16; a. M. Degenkolb S. 49 ff. — Weggefallen ist die gemeinrechtliche Beendigung durch Konfusion.

[1] Vgl. Windscheid, Pand. § 219 ff.; Dernburg, Pand. § 260. — Gengler, D.P.R. § 100; Roth, D.P.R. § 336 Anm. 4. Bei Erbpachtverträgen spricht nach R.Ger. XV 188 die Vermutung gegen Emphyteuse. Von den A.G. zum B.G.B. erwähnen sie nur das Hess. Art. 154 u. Braunschw. § 52.

Digitized by Google

gegenstand schaffen, regelmäfsig selbständige liegenschaftliche Gerechtigkeiten[2]. Unter diesen Begriff aber fallen auch heute noch mancherlei nutzbare Rechte, die nicht als Rechte an Sachen aufgefafst werden können. So namentlich Gewerbegerechtigkeiten (z. B. Apothekerprivilegien und Abdeckereigerechtigkeiten) und die aus Regalien abgeleiteten Gerechtigkeiten (z. B. Schiffsmühlen-, Flöfserei-, Fähr- und Fischereigerechtigkeiten)[3]. Darum sind, während die für selbständige Gerechtigkeiten überhaupt erlassenen Vorschriften im Zweifel auf die vererblichen und veräufserlichen Nutzungsrechte an Grundstücken Anwendung finden, vielfach die für die letzteren gegebenen Vorschriften zugleich auf selbständige Gerechtigkeiten anderer Art erstreckt. Hierbei ist in neuester Zeit die reichsgesetzliche Ausgestaltung des Erbbaurechts vorbildlich geworden. Insbesondere sind die Rechtssätze, durch die das Erbbaurecht einem Grundstücke gleichgestellt und den Vorschriften über Erwerb und Schutz des Grundeigentums unterworfen wird, auf landesgesetzlich geregelte Rechte übertragen. Für gewisse Nutzungsrechte (Erbpachtrechte und Abbaurechte) ist dies unmittelbar durch Reichsgesetz geschehen[4]. Das Landesgesetz kann Gleiches oder Ähnliches auch für solche vererblichen und veräufserlichen Nutzungsrechte, die nicht mehr neu entstehen können, und überdies für alle einem ihm vorbehaltenen Gebiete angehörigen Rechte anordnen[5]. Manche Landesgesetze haben ohne weiteres die vererblichen und veräufserlichen Nutzungsrechte an Grundstücken und gewisse andere selbständige Gerechtigkeiten den reichsrechtlichen Vorschriften über Grundstücke und über Erwerb und Schutz des Grundeigentums unterstellt[6]. Andere Landesgesetze machen

---

[2] Vgl. oben § 101 III 1 S. 14. Über den Umfang des Begriffes im heutigen (bes. preufs.) R. handelt eingehend E. Sehling, Die Rechtsverhältnisse an den der Verfügung des Grundeigentümers nicht entzogenen Mineralien, Leipzig 1904, S. 168 ff. Vgl. auch R.Ger. LVII Nr. 8 S. 32 ff.

[3] Vgl. oben § 124 IV 3 S. 403. Dazu die eingehenden Ausführungen in dem oben Anm. 2 angef. Erk. des R.Ger. S. 35 ff. Doch behandelt das R.Ger. landesherrlich verliehene Fischereigerechtigkeiten selbst an öffentlichen Gewässern als Rechte an Sachen (LIV Nr. 71 S. 265) und erklärt im Falle der Erstreckung auf private Grundstücke den Eigentümer für verpflichtet, die Eintragung zu bewilligen (LV Nr. 76).

[4] E.G. z. B.G.B. Art. 63 u. 68; Grdb.O. § 84.

[5] Kraft E.G. Art. 169 und der allgemeinen Vorbehalte.

[6] So für alle vererblichen und übertragbaren Nutzungsrechte an Grundstücken die A.G. z. B.G.B. f. Württ. Art. 208, Hess. Art. 154 (von Anlegung des Grundbuchs an), Meckl. § 177 (174) u. 179 (176), Weimar § 128, Rudolst. Art. 81; das Württ. unter Hinzufügung der selbständigen Fischereigerechtig-

Digitized by Google

bei allen oder gewissen derartigen Rechten den Eintritt dieses Verhältnisses von der Anlegung eines besonderen Grundbuchblattes abhängig[7]. In beiden Fällen wird der Regel nach ein Grundbuchblatt nur auf Antrag angelegt[8]. Allein während ein Recht, das schon vor der Buchung den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterworfen ist, erst nach erfolgter Buchung veräufsert oder belastet werden kann[9], ist ein Recht, das erst durch die Buchung unter jene Vorschriften tritt, auch vor der Buchung einer Veräufserung oder Belastung zugänglich[10].

Gleich dem Erbbaurecht sind die anderen vererblichen und veräufserlichen Nutzungsrechte an Grundstücken **eigentumsähnliche dingliche Rechte**. Sie sind zwar nur begrenzte dingliche Rechte, die ein fremdem Eigentum unterworfenes Grundstück belasten und daher auch mangels gegenteiliger Bestimmung der Eintragung auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks bedürfen. Allein sie können sich infolge ihrer Verselbständigung

---

keiten. Für Fischereigerechtigkeiten, Realgewerbeberechtigungen und Nutzungsrechte, die nach Landesges. den Grundstücken gleichstehen, Bayr. A.G. z. Grdb.O. Art. 17. Für Fischereigerechtsame, Zwangs- und Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen, sowie für die in den Grundbüchern als vererbliche und übertragbare Nutzungsrechte an Waldgrundstücken eingetragenen Holzgerechtsame Sondersh. A.G. z. B.G.B. Art. 27–28.

[7] So für selbständige Gerechtigkeiten, die nach bisherigem Recht buchungsfähig waren, Preufs. A.G. z. B.G.B. Art. 40, Anh. Art. 54, Waldeck. Art. 21; für selbständige Gerechtigkeiten und vererbliche und veräufserliche Nutzungsrechte Braunschw. § 43; für Realgewerbeberechtigungen und vererbliche und übertragbare Nutzungsrechte an Grundstücken, insbesondere auch Fischereigerechtigkeiten Reufs ä. L. § 93; für vererbliche und übertragbare Nutzungsrechte Lüb. § 88; für Realgewerbeberechtigungen und sonstige Realgerechtsame Altenb. § 77, Reufs j. L. § 67; für Realgewerbeberechtigungen Weimar § 125; vgl. Mein. A.G. z. Grdb.O. Art. 21.

[8] Preufs. A.G. z. Grdb.O. Art. 27, Bayr. Art. 17, Hess. Art. 15, Braunschw. § 24, Anhalt. Art. 20, Mein. Art. 25; Württ. A.G. z. B.G.B. Art. 208, Meckl. § 177 (174) u. 179 (176). Nach Altenb. A.G. z. B.G.B. § 78 u. Reufs j. L. A.G. z. Grdb.O. § 13 ist überdies Ministerialgenehmigung erforderlich.

[9] Vgl. Sondersh. A.G. z. B.G.B. Art. 27. Die Anlegung eines Grundbuchblattes erfolgt in diesem Falle von Amts wegen; so nach den in vor. Anm. angef. Ges. f. Bayern, Württ., Hess., Meckl., Braunschw. u. Reufs j. L.

[10] Dabei gelten für übertragbare Nutzungsrechte an Grundstücken die Vorschriften über Rechte an Grundstücken, für sonstige Gerechtigkeiten mangels besonderer landesgesetzlicher Bestimmungen die Vorschriften über Rechte überhaupt; vgl. Stranz u. Gerhard, Komm. z. Preufs. A.G. S. 250. Nach dem A.G. z. B.G.B. f. Altenb. § 77, Reufs ä. L. § 93 u. Reufs j. L. § 67 finden auf alle ungebuchten Realgerechtsame die Vorschriften über Rechte an Grundstücken entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

einem durch blofses Obereigentum beschränkten Untereigentum annähern. Darum kann andererseits auch das Untereigentum, das da, wo der Begriff des geteilten Eigentums verworfen wird, überhaupt nur als ein umfassendes Recht an fremder Sache erscheint, auch da, wo geteiltes Eigentum anerkannt wird, in den Begriff der selbständigen Nutzungsrechte hineingezogen und den für sie geltenden Rechtssätzen unterstellt werden. Dies ist zum Teil behufs Anpassung des Untereigentums an die Formen des neuen bürgerlichen Rechts geschehen[11].

Nutzungsrechte an Grundstücken und sonstige nutzbare Rechte können nur dann zu selbständigen Gerechtigkeiten erhoben werden, wenn sie für sich übertragbar sind. Sie müssen daher entweder Personalrechte oder doch, wenn sie mit einem Grundstücke verbunden sind, trennbare Realrechte sein[12]. Werden sie einem Grundstücke als Bestandteile zugeschrieben, so bleiben sie unwesentliche Bestandteile[13]. Untrennbare Realrechte mit gleichem Inhalte sind niemals selbständige Gerechtigkeiten[14].

II. Einzelne Arten.

1. Lehen. Das Recht des Lehnsmannes am Lehen ist, soweit noch Lehnsherrlichkeit besteht, nutzbares Eigentum, soweit dagegen das Obereigentum beseitigt ist, alleiniges und nur durch die Rechte der Anwärter beschränktes Eigentum. Hieran hat sich, da das Lehnrecht völlig dem Landesrecht überlassen ist, durch die Einführung des B.G.B. nichts geändert. Demgemäfs wird auch im Grundbuch das Lehen auf den Namen des Lehnsmannes und die Lehnseigenschaft als blofse Verfügungsbeschränkung eingetragen[15],

---

[11] Hinsichtlich des Erbpachtrechts übt das E.G. z. B.G.B. Art. 63 nebst Grdb.O. § 84 in dieser Richtung durch die Verweisung auf das Erbbaurecht einen Zwang aus.

[12] In diesem Sinne sind die Ausdrücke „Realgewerbeberechtigungen“ und „Realgerechtsame“ in den oben Anm. 5—6 angef. Stellen zu verstehen. Übrigens umfassen sie gemäfs einem verbreiteten ungenauen Sprachgebrauch meist auch rein personale selbständige Gerechtigkeiten. Vgl. Oertmann, Bayr. Landesprivatr. § 115. Der Begriff der Veräufserlichkeit wird natürlich durch Beschränkungen, wie z. B. das Erfordernis ministerieller Genehmigung nach Altenb. A.G. z. B.G.B. § 78, nicht aufgehoben.

[13] Eine solche Zuschreibung fordert nach den A.G. z. B.G.B. f. Weim. § 125, Altenb. § 78 u. Reufs ä. L. § 94 Ministerialgenehmigung.

[14] So z. B. das heutige Jagdrecht oder ein Realgemeindenutzungsrecht.

[15] Preufs. A.G. z. Grdb.O. Art. 15, Bayr. Art. 14—15, Hess. Art. 102, Braunschw. § 18, Lipp. § 6, Reufs j. L. § 12; Meckl. A.V. z. B.G.B. § 156 (153) ff.

Digitized by Google

ohne dafs zugleich, wenn noch Obereigentum besteht, die Eintragung des Lehnrechts als Belastung auf einem das Eigentum des Lehnsherrn bekundenden Blatte erforderlich wäre[16]. Doch hat man sich in Mecklenburg bemüht, das nutzbare Eigentum des Vasallen durch Heranziehung der für vererbliche und veräufserliche Nutzungsrechte geltenden Sätze dem neuen bürgerlichen Rechte anzupassen[17].

2. Stammgüter und Familienfideikommisse. An Stammgütern und Familienfideikommissen steht dem jeweiligen Besitzer nach der herrschenden Auffassung das durch dingliche Rechte der Anwärter beschränkte Eigentum, nach preufsischem Landrecht ein durch das Obereigentum der Familie ergänztes Untereigentum zu. Auch hier wird daher ein zu dem gebundenen Vermögen gehöriges Grundstück auf den Namen des jeweilig zu Besitz und Nutzung Berechtigten und die Stammguts- oder Fideikommifseigenschaft als Verfügungsbeschränkung eingetragen[18]. Bei den Hausgütern des hohen Adels mufs Eigentum der Familie und blofses Nutzungsrecht des jeweiligen Besitzers angenommen werden. Dieses Nutzungsrecht ist aber kein selbständiges dingliches Recht, sondern ein hausverfassungsmäfsig mit der familienrechtlichen Stellung verknüpftes Sonderrecht am Familiengut[19].

[16] Meckl. A.V. § 155 (152). Nach Bayr. G. Art. 14 ist der Lehnsherr auf dem Grundbuchblatt für das Lehen anzugeben.

[17] Die A.V. § 153 ff. resp. 150 ff. belassen es zwar hinsichtlich der Begründung und des Erwerbes eines Lehens bei dem bisherigen Recht, bestimmen aber, daſs im übrigen die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke und über die Ansprüche aus dem Eigentum auf das Lehen Anwendung finden sollen. Sie sprechen von der „Belastung“ eines Grundstücks durch das Lehen und ordnen die Anlegung eines besonderen „Grundbuchblattes für das Lehen“ an. Auch bestimmen sie, dafs „Rechte am Lehen“ durch Vereinigung von Obereigentum und Lehen nicht erlöschen; § 162 (159).

[18] Preufs. A.G. z. Grdb.O. Art. 15, Bayr. Art. 13, Bad. z. B.G.B. Art. 36, Hess. z. B.G.B. Art. 103 u. z. Grdb.O. Art. 13, Meckl. A.V. § 146 ff. (143 ff.), Braunschw. A.G. z. Grdb.O. § 18, Anh. Art. 13, Kob.-Goth. Art. 12, Altenb. § 14, Mein. Art. 17, Lipp. § 6, Schaumb. § 13, Reufs j. L. § 10, Rudolst. Art. 11—14, Sondersh. § 22—26; Sächs. G. v. 7. Juli 1900 § 12. Ebenso Bayr., Hess. und für die ehemals hess. Landesteile Preuſs. G. a. a. O. für landwirtschaftliche Erbgüter. — Sonstige zum Fideikommifs gehörige Rechte werden ebenso behandelt; doch können nach Meckl. § 147 (144), Altenb. § 15 und Reufs j. L. § 11 Rechte an Grundstücken aufser dem Eigentum auf den Namen des Fideikommisses eingetragen werden, so dafs das Grundbuch beim Wechsel des Fideikommifsbesitzers richtig bleibt.

[19] Grundstücke werden vielfach unter Vermerk ihrer Zugehörigkeit zum Hausgut auf den Namen des jeweiligen Besitzers eingetragen; vgl. Bayr. A.G. z. Grdb.O. Art. 13, Oertmann S. 461.

Digitized by Google

3. Bäuerliche Erbleihe. Die mannigfachen Formen der bäuerlichen Erbleihe, die das deutsche Recht ausgebildet hat, sind durch Verwandlung des dem jeweiligen Besitzer zustehenden Rechts in Eigentum gröfstenteils verschwunden[20]. Doch bestehen derartige Rechtsverhältnisse an Gütern verschiedener Art, insbesondere an Erbzins-, Erbpacht-, Erbleih-, Meier-, Landsiedelei-, Bau- und Lafsgütern, noch in einigen Staaten, deren Gesetzgebung entweder überhaupt nicht eingegriffen oder die Umwandlung in Eigentum von einer freiwilligen Ablösung abhängig gemacht hat[21]. Die Neubegründung von Erbleihen wurde vielfach untersagt und ist durch das neue bürgerliche Recht grundsätzlich ausgeschlossen. Eine Ausnahme gilt für Erbpachtrechte in denjenigen Staaten, in denen noch Erbpachtrechte bestehen[22]. Indes ist auch hier die Begründung neuer Erbpachtrechte mehrfach landesgesetzlich verboten[23]. Dagegen ist sie in den beiden Mecklenburg und in Lübeck ausdrücklich zugelassen und geregelt[24].

Das Rechtsverhältnis bei der bäuerlichen Erbleihe ist der Regel nach geteiltes Eigentum. Dies gilt namentlich auch für die

---

[20] Insoweit aus dem Leiheverbande herrührende Belastungen fortbestehen, ist das Eigentum durch begrenzte dingliche Rechte des ehemaligen Leiheherrn beschränkt; vgl. Oldenb. G. v. 25. April 1899 § 2.

[21] Hiervon im Recht der Bauergüter. Vgl. die Übersicht b. Roth, D.P.R. III 788 ff.; dazu Oldenb. G. v. 25. April 1899 (Aufhebung alles Obereigentums unter Fortbestand der aus ihm fliefsenden Berechtigungen des Erbverpächters, Erbverheurers usw.).

[22] E.G. z. B.G.B. Art. 63. Der Vorbehalt gilt, wenn in einem Teil eines Staates noch Erbpachtrechte bestehen, für das ganze Staatsgebiet; somit für ganz Preufsen. Das „Büdnerrecht" und das „Häuslerrecht", die der Vorbehalt einschliefst, sind nach den Meckl. A.V. § 164 (161) Arten des Erbpachtrechts. — Außerdem bleibt kraft des Vorbehalts für das Lehnrecht das Recht der Bauerlehen unberührt; vgl. Meckl.-Strel. A.V. § 318 über Schulzenlehen.

[23] So Hess. A.G. z. B.G.B. Art. 93 Abs. 4, Weim. § 126, Kob.-Goth. Art. 26, § 1, Altenb. § 79, Mein. Art. 31 § 8, Rudolst. Art. 79, Reuſs ä. L. § 95 und Reuſs j. L. § 68: das Hess. G. a. a. O. verbietet auch die Neubegründung von anderen erblichen Leihen, das Brem. G. v. 18. Juli 1899 Art. 1 die von Meierrechten. Außerdem bleiben bisherige Verbote in Kraft. So für ganz Preuſsen außer Hannover.

[24] Meckl. A.V. § 165 ff. (Str. 162 ff.); Lüb. A.G. § 74 ff. (jedoch an Grundstücken, die nicht dem Staate, der Stadt oder einer öffentlichen Anstalt oder Stiftung zu Lübeck gehören, nur mit Genehmigung des Senats). Außerdem bleibt gemäfs dem bisherigen Recht in einzelnen Ländern (Hannover, Braunschw., Anh., Lippe u. Sondersh.) die Begründung ablöslicher Erbpachtverhältnisse zulässig. In Oldenburg dagegen ist sie durch G. v. 25. Apr. 1899 § 1 untersagt.

Digitized by Google

Erbpacht, bei der nur das preufsische Landrecht eine abweichende Auffassung durchführte, indem es dem Erbpächter nicht, wie dem Erbzinsmann, nutzbares Eigentum, sondern nur ein Recht an fremder Sache beilegte[25]. Auch unter der Herrschaft des neuen bürgerlichen Rechts ist das Recht des jeweiligen Besitzers nutzbares Eigentum geblieben. Dies wird dadurch nicht in Frage gestellt, dafs nach Reichsrecht auf die Erbpacht und nach manchen Landesgesetzen auch auf andere bäuerliche Leiherechte die Vorschriften, die das Erbbaurecht dem Grundstücksrecht unterwerfen, entsprechende Anwendung finden[26]. Die Natur des Erbleiherechts als eines das Grundstück im Ganzen ergreifenden Untereigentums kommt nach manchen Landesgesetzen auch äufserlich darin zu voller Erscheinung, dafs das Grundstück im Grundbuch auf den Namen des jeweilig zu Besitz und Nutzung Berechtigten eingetragen und die Eigenschaft des Gutes als Verfügungsbeschränkung gebucht wird[27]. Dagegen nähern freilich andere Landesgesetze das Erbpachtrecht und die verwandten Rechte stärker dem Erbbaurechte an, indem sie auf dem Blatte des Grundstücks den Leiheherrn als Eigentümer und das Leiherecht als Belastung eintragen lassen und daneben die Anlegung eines besonderen Grundbuchblattes für das Leiherecht als selbständige Gerechtigkeit vorsehen[28]. Demgemäfs wird dann auch die Neubegründung eines Erbpachtrechts nach dem Vorbilde der Bestellung eines Erbbau-

---

[25] Preufs. A. L.R. I, 21 § 189. Trotzdem ist durch G. v. 2. März 1850 § 2 das Eigentum des Erbverpächters in gleicher Weise wie das Obereigentum des Erbzinsherrn aufgehoben und so das landrechtliche Erbpachtrecht überall in Eigentum verwandelt. — Für das gem. R. vgl. R.Ger. XVIII Nr. 52, auch Seuff. XXXIX Nr. 30.

[26] E.G. Art. 63; Hess. A.G. z. B.G.B. Art. 154 (Emphyteuse, Erbleihe, Landsiedelleihe, Lehen oder andere erbliche Leihe); Meckl. A.V. § 177 (174); Weim. A.G. § 127; Rudolst. Art. 80.

[27] So Preufs. A.G. z. Grdb.O. Art. 15 für „Lehns-, Meier-, Erbzins- und Erbleihgüter, sowie sonstige Güter, an denen ein Obereigentum besteht", und „Erbpachtgüter". Hess. A.G. z. B.G.B. Art. 102 (unanwendbar in Rheinhessen, wo nach Art. 223 ein bestehendes Erbpachtrecht als persönliches Recht anzusehen ist). Braunschw. A.G. z. Grdb.O. § 18 für Lehns-, Meier-, Erbzins- und Erbleihegüter. Reufs j. L. A.G. z. Grdb.O. § 12 für Lehns-, Erbzins-, Lafs- und Erbpachtgüter. — Die Verweisung des § 84 der Grdb.O. auf § 7 steht nicht entgegen, da § 7 nur hypothetisch gefafst ist.

[28] So Kob.-Goth. A.G. z. Grdb.O. Art. 13; Meckl. A.V. § 172 ff. (169 ff.) für die Erbpacht u. § 177 (174) für andere bäuerliche Erbnutzungsrechte; Lüb. A.G. z. B.G.B. § 75 ff. nebst § 88, z. Grdb.O. § 42—43; Lippe A.G. z. Grdb.O. § 7.

Digitized by Google

rechts geregelt[29]. Ebenso wird hinsichtlich der Veräufserung und Belastung das Erbpachtrecht als eine gleich dem Erbbaurecht vom Eigentum getrennte besondere Gerechtigkeit behandelt[30]. Immer aber gelten dabei mancherlei Besonderheiten, in denen der Gedanke des geteilten Eigentums wieder zum Durchbruch kommt[31].

---

[29] Lüb. A.G. § 75. Nach Meckl. A.V. § 170 (167) bedarf es der Erteilung des Grundbriefes und, wenn das belastete Grundstück ein Grundbuchblatt hat, der Eintragung auf diesem.

[30] Nach Lüb. A.G. erstrecken sich die das Grundstück belastenden Grundpfandrechte auf das Obereigentum und die aus der Erbpachtstelle an den Gutsherrn zu entrichtenden wiederkehrenden Leistungen (Kanon), das Erbpachtrecht selbst aber kann vom Erbpächter ohne Zustimmung des Obereigentümers und derer, für die das Grundstück belastet ist, belastet werden; § 77 u. 80. Auch nach Meckl. A.V. § 167 (164) können am Erbpachtrechte besondere dingliche Rechte bestehen, die das Grundstück selbst nicht belasten und nach § 176 (173) im Falle der Vereinigung des Erpachtrechts mit dem Obereigentum nicht erlöschen.

[31] An buchungsfreien Grundstücken wird das Erbpachtrecht nach Lüb. A.G. § 75 u. 78 wie das Eigentum durch öffentlich beurkundete Einigung begründet und übertragen, nach Meckl. A.V. § 170 durch Erteilung des Grundbriefes begründet. Zur Begründung bedarf es nach Lüb. A.G. § 76 u. Meckl. § 172 (169) wie bei Teilveräußerungen der Zustimmung der Grundpfandgläubiger (oder in Meckl. eines Unschädlichkeitszeugnisses); die Zustimmung bewirkt in Lübeck lastenfreie Entstehung des Erbpachtrechts, gewährt dagegen in Meckl. nur im Zweifel Vorrang des Erbpachtrechts und für den Fall der Abschreibung Lastenfreiheit. Die Abschreibung eines mit einem Erbpachtrecht belasteten Grundstücksteils ist nach Meckl. § 173 (170) nicht erforderlich. Vgl. ferner über das Erfordernis behördlicher Bestätigung des nicht von einer dazu ermächtigten Behörde erteilten Grundbriefes Meckl. § 171 (168); für Lüb. oben Anm. 24. Dazu über amtliche Fürsorge für Eintragung und Anlegung des besonderen Grundbuchblatts Meckl. § 174 (171). — Die im Grundbrief dem jeweiligen Erbpächter auferlegten Verfügungsbeschränkungen und Belastungen (auch zugunsten Dritter) gelten in Mecklenburg als gesetzliche Beschränkungen des Erbpachtrechtes; der Grundbrief kann die Belastung (jedoch hinsichtlich der Grundpfandrechte nur über eine bestimmte Wertgrenze hinaus), die Teilung und die Zusammenschlagung untersagen oder beschränken und die Veräußerung beschränken, auch hinsichtlich der Bewirtschaftung und Benutzung Schranken ziehen und Verpflichtungen auferlegen; Befreiungen fordern Zustimmung des Obereigentümers, erfolgen aber durch die Behörde, die auch mit Verwaltungszwang eingreifen kann; A.V. § 166—169 (163—166), dazu § 175 (172). Vgl. Lüb. A.G. § 79 über die zur Vereinigung mehrerer Erbpachtgüter erforderliche Zustimmung des Obereigentümers und § 80 über den Vorrang des Kanon vor allen durch den Erbpächter bewirkten Belastungen. Auch Kob.-Goth. Art. 26 u. Reuß j. L. § 68 über die Eintragungsbedürftigkeit einer Vereinbarung, nach der die Zustimmung des Erbverpächters zur Veräufserung oder Belastung erforderlich ist. — Wird auf Grund einer gültigen Belastung das Erbpachtgut der Zwangs-

Digitized by Google

Und seinem Inhalte nach bleibt das Erbpachtrecht, mag es auch formell einem Rechte an fremder Sache angeglichen sein, ein nutzbares Eigentum, über dem ein bloſses „Obereigentum“ steht[32].

4. Beschränkte Nutzungsrechte. Vererbliche und veräuſserliche Nutzungsrechte mit beschränktem Inhalte konnten nach deutschem Recht als selbständige dingliche Rechte begründet werden[33]. Solche Rechte können nicht mehr entstehen, bestehen aber als den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten des B.G.B. verwandte begrenzte dingliche Rechte fort. Soweit sie jedoch durch Landesgesetz zu selbständigen Gerechtigkeiten erhoben sind, erscheinen sie als dem Erbbaurecht wesensverwandte Rechte[34]. Auch Gemeindenutzungsrechte sind bisweilen in veräuſserliche und vererbliche Rechte übergegangen und können dann als selbständige dingliche Rechte nach Art des Erbbaurechts behandelt werden[35]. Regelmäſsig aber sind sie vielmehr in solchen Fällen zur Grundlage einer Agrargenossenschaft mit vererblicher und veräuſserlicher Mitgliedschaft geworden und erscheinen daher als genossenschaftliche Sonderrechte[36]. Kirchstuhlsrechte und Rechte an öffentlichen Begräbnisstätten bleiben stets, auch wenn sie vererblich und übertragbar sind, der rein sachenrechtlichen Ordnung entzogen[37].

---

versteigerung unterworfen, so erwirbt der Ersteher durch den Zuschlag das Erbpachtrecht und kann vom Erbverpächter nicht zurückgewiesen werden; Meckl. A.G. z. Zw.V.G. § 13, Lippe § 11, Kob.-Goth. A.G. z. B.G.B. Art. 26, Reuſs j. L. § 68.

[32] Meckl. A.V. § 90 (88), 99 (97), 167 (164), 175 (172), 176 (173); Lüb. A.G § 77, 78, 79; Hess. A.G. z. Zw.V.G. Art. 2.

[33] Vgl. z. B. O.A.G. Dresden b. Seuff. XXXVI Nr. 108 über das vererbliche und veräuſserliche Recht auf Benützung zweier Fleischbänke in fremdem Hause.

[34] So z. B. nach Hess. A.G. Art. 221—222 das an Stelle eines Miteigentums an einer Anlage auf fremdem Boden gesetzte vererbliche und veräuſserliche Recht, die Anlage in bestimmter Weise zu benutzen. Ferner nach Meckl. A.V. § 174 (171) die vererblichen und veräuſserlichen Nutzungsrechte in Städten und Flecken. Auch die Schirnen- und Meſsbudengerechtigkeiten in Frankfurt a. M.; Fuchs zu B.G.B. § 1017 Bem. 9 c S. 280. Dazu die allgemeinen Bestimmungen oben Anm. 6—7.

[35] Vgl. z. B. Sondersh. A.G. Art. 28 (oben Anm. 6 S. 622); Braunschw. A.G. § 44 (zu § 12 des G. v. 19. Mai 1890).

[36] Oben Bd. I S. 617 Anm. 23, S. 618 Anm. 27. Unberührt nach E.G. Art. 164.

[37] Vgl. Schaumb. A.G. z. Grdb.O. § 19 (ausgeschlossen von der Eintragung ins Grundbuch; Erwerb u. Verlust nach bisher. R., Besitzschutz nach B.G.B. § 859 ff.).

Digitized by Google

5. Bergrecht. Als selbständige liegenschaftliche Gerechtigkeit ist überall das Bergwerkseigentum anerkannt. Es ist durch die Landesgesetze mit den durch seine Eigenart geforderten Vorbehalten den Vorschriften des neuen bürgerlichen Rechts über Grundstücke und über Erwerb und Schutz des Grundeigentums unterstellt[38]. Demgemäfs wird es zwar unabhängig vom Grundbuchrecht durch Verleihung begründet, durch Konsolidation, Feldesteilung und Feldesaustausch erworben und durch bergrechtliche Entziehung aufgehoben, erhält aber notwendig ein Grundbuchblatt und kann rechtsgeschäftlich nur durch Auflassung und Eintragung übertragen und durch Einigung und Eintragung belastet werden. Gleiches gilt für die als Anteile am Bergwerkseigentum und demgemäfs als unbewegliche Vermögensgegenstände behandelten Kuxe des alten Rechts[39]. Doch gehört das Bergwerkseigentum nicht zu den begrenzten dinglichen Rechten an Grundstücken. Denn seinen wesentlichen Inhalt bilden, mag es nun im Sinne des älteren Rechts als Eigentum an einem Teile des Erdkörpers oder im Sinne der neueren Gesetze als Aneignungsrecht an herrenlosen Sachen aufgefafst werden, Befugnisse, die im Grundeigentum nicht enthalten sind. Es entsteht und besteht daher als Herrschaftsrecht an einem von dem Grundstücke verschiedenen Gegenstande. Dafs es zugleich die Befugnis zu der für seine Ausübung unentbehrlichen Einwirkung auf das Grundstück gewährt, ist eine für sein Wesen nicht ausschlaggebende Nebenerscheinung. Darum mufs es auch vom Grundeigentümer selbst innerhalb der Grenzen des eignen Grundstücks besonders erworben werden, bleibt auch in diesem Falle vom Grundeigentum völlig getrennt und bewirkt in keinem Falle eine Belastung des Grundstückes[40].

---

[38] Die erforderlichen Änderungen der Berggesetze finden sich in den A.G. z. B.G.B.; vgl. Preufs. Art. 37, Bayr. Art. 157, Württ. Art. 207, Hess. Art. 283, Anh. Art. 53, Altenb. § 52, Sondersh. Art. 14, Rudolst. Art. 125, Reufs ä. L. § 75, Reufs j. L. § 66, Elsafs-Lothr. § 80—81. Dazu A.G. z. Grdb.O.; z. B. Preufs. Art. 22 ff., Bayr. Art. 17—18, Hess. Art. 15, Braunschw. § 20—23, Birkenfeld § 6, Anh. Art. 15 ff., Altenb. § 10 ff., Meining. Art. 21 ff., Elsafs-Lothr. § 9. Ferner A.G. z. Zw.V.G.; z. B. Preufs. Art. 15 ff., Bayr. Art. 77 ff., Anh. Art. 19 ff., Kob.-Goth. Art. 10 ff., Mein. Art. 15 ff., Altenb. § 6 ff., Birkenfeld § 24 ff., Reufs j. L. § 15 ff.

[39] Preufs. A.G. z. B.G.B. Art. 37, Bayr. Art. 157, Anh. Art. 53, Altenb. § 52, Sondersh. Art. 14, Rudolst. Art. 125; Preufs., Bayr. u. Anh. A.G. z. Grdb.O. u. z. Zw.V.G. a. a. O.

[40] Es erscheint also nicht auf dem Grundbuchblatt des Grundstücks. Andererseits heifst es im Sondersh. A.G. Art. 14 (zu Bergges. § 40): „Das

Digitized by Google

Anders verhält es sich mit den zur Vorbereitung oder Förderung des Bergbaues erworbenen besonderen bergrechtlichen Gebrauchs- und Nutzungsrechten[41]. Sie fallen durchaus unter den Begriff der begrenzten dinglichen Rechte an Grundstücken. Doch bedürfen nach vielen Landesgesetzen diejenigen Gebrauchs- und Nutzungsrechte an Grund und Boden, die im Wege des Zwangsverfahrens erworben werden können, insbesondere das Schürfrecht und die für den Betrieb des Bergbaus erforderlichen Nutzungsrechte, weder im Falle der behördlichen Bestellung noch im Falle der freiwilligen Einräumung zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung in das Grundbuch[42]. Vielmehr erlangen sie, wenn nicht durch eine dies aussprechende Enteignungsverfügung, so jedenfalls durch Besitznahme die Eigenschaft dinglicher Rechte[43]. Ebenso gehören die vom Bergwerkseigentümer aufserhalb seines Feldes angelegten Hülfsbaue zu den bergrechtlichen Nutzungsrechten an fremder Sache (Grundstück oder Bergwerk), die auch ohne Eintragung durch Besitzerwerb zu begrenzten dinglichen Rechten werden[44].

Aufserhalb des Bergrechts stehen die in einzelnen Ländern vorkommenden Abbaurechte an einem vom Bergrecht nicht

---

Oberflächeneigentum des Bergwerkseigentümers unterliegt nicht der Eintragung in das Berggrundbuch".

[41] Nicht hierher gehört das Recht aus der Mutung, das der richtigen Meinung nach dinglich ist (R.Ger. XXI Nr. 43), aber die Natur einer Anwartschaft auf das Bergwerkseigentum hat. Ebensowenig Erbstollengerechtigkeiten, die eine besondere Art des Bergwerkseigentums darstellen.

[42] Preufs. A.G. z. B.G.B. Art. 22, Braunschw. § 38, Kob.-Goth. Art. 22, Sondersh. Art. 14, Rudolst. Art. 62, Elsafs-Lothr. § 84; Schaumb. A.G. z. Grdb.O. § 21.

[43] Ausdrücklich bestimmt ist dies in Elsafs-Lothringen. Es gilt aber auch sonst gemäfs dem bisherigen Recht. Vgl. Dernburg, B.R. III § 145 Anm. 12. Dagegen halten Stranz u. Gerhard S. 171 die Bestimmung des Preufs. A.G. für perplex, weil bei dem Mangel einer bergrechtlichen Sonderbestimmung, dem Wegfall der allgemeinen Vorschriften des bisherigen Rechtes über Erwerb dinglicher Rechte und der Unzulässigkeit des Rechtsbesitzes jede Möglichkeit einer Verdinglichung dieser Rechte ohne Eintragung fehle. Allein der Generalvorbehalt für das Bergrecht deckt auch das im Berggesetz stillschweigend übernommene bürgerliche Recht. Übrigens ist der vom bisherigen Recht hier geforderte Rechtsbesitz im Sinne des B.G.B. Sachbesitz.

[44] Preufs. A.G. z. B.G.B. Art. 37, Württ. Art. 207, Hess. Art. 283, Anh. Art. 53, Kob.-Goth. Art. 22, Sondersh. Art. 14, Rudolst. Art. 125, Reufs j. L. § 66, Elsafs-Lothr. § 84. Die Hülfsbaue gelten als Bestandteile des Bergwerks oder einer Mehrheit von Bergwerken, sind somit trennbare Realrechte.

Digitized by Google

ergriffenen und daher dem Eigentum des Grundeigentümers unterworfenen Mineral[45]. Solche Abbaurechte können nach E.G. Art. 68 zum B.G.B. da, wo das Landesrecht dies gestattet, auch künftig als vererbliche und veräufserliche Nutzungsrechte bestellt werden. Sie sind in Sachsen, Sachsen-Altenburg und Reufs ä. L. an allen nicht bergfreien Mineralien (also auch an Steinen, Ton, Lehm, Kalk und Erden jeder Art) zugelassen[46]. Eine besondere Gattung bilden die in den sächsischen Landesteilen Preufsens und neben sonstigen Abbaurechten in Sachsen-Altenburg behufs Gewinnung der hier von der Bergbaufreiheit ausgenommenen Stein- und Braunkohle zugelassenen Kohlenabbaugerechtigkeiten[47]. Diese Abbaurechte sind gleich dem Erbbaurechte begrenzte dingliche Rechte, die von dem Eigentum am belasteten Grundstücke als selbständige liegenschaftliche Gerechtigkeiten abgetrennt sind. Darum finden auch auf ihre Bestellung, Übertragung, Belastung und Aufhebung, auf ihren Schutz und auf ihre grundbuchrechtliche Behandlung die Vorschriften über das Erbbaurecht entsprechende Anwendung[48]. Doch sind die Kohlenabbaugerechtigkeiten dem Bergwerkseigentum dadurch angenähert, dafs eine derartige Gerechtigkeit auch für den Grundeigentümer selbst vom Eigentum abgetrennt werden kann[49].

[45] Vgl. über die Rechtsverhältnisse an diesen Mineralien die oben Anm. 2 angeführte Schrift von Sehling, besonders S. 67 ff.

[46] Sächs. A.G. z. B.G.B. § 14—17 (jedoch vorbehaltlich der Genehmigung des Justizministeriums, vgl. dazu A.V. v. 9. Juli 99 § 19); Altenb. A.G. z. B.G.B. § 76 mit A.G. z. Grdb.O. § 8; Reufs ä. L. A.G. z. B.G.B. § 76—77 u. 93.

[47] Preufs. G. v. 22. Febr. 69, neu gefafst im A.G. z. B.G.B. Art. 38, nebst A.G. z. Grdb.O. Art. 27 und z. Zw.V.G. Art. 15 ff.; Altenb. G. v. 18. April 72 mit A.G. z. B.G.B. § 53; Sehling a. a. O. S. 71 ff., 188 ff. — In Hannover, wo Stein- und Kalisalz dem Grundeigentümer gehört, will ein 1903 dem Provinziallandtag vorgelegter Gesetzentwurf ähnliche Salzabbaugerechtigkeiten einführen; der Entwurf nebst Begründung ist bei Sehling a. a. O. S. 257 ff. abgedruckt. — Auch Berechtigungen zur Gewinnung von Eisenerz kommen da, wo das Eisen dem Grundeigentümer gehört (vgl. Sehling S. 85 ff.), als vererbliche und veräufserliche Nutzungsrechte am Grundstück vor. Vgl. über derartige Berechtigungen im Herzogtum Schlesien und der Grafschaft Glatz Preufs. G. v. 8. April 94 (Bergges. § 211 a—211 c) u. A.G. z. B.G.B. Art. 39.

[48] Für neu begründete Abbaurechte kraft Reichsrechts; E.G. Art. 68, Grdb.O. § 87. Die Landesgesetze stellen mit einzelnen Vorbehalten auch bestehende Abbaurechte dem Erbbaurecht gleich. Als besonderer Beendigungsgrund tritt der völlige Abbau der Mineralien hinzu; Sächs. A.G. § 15, Altenb. § 53 (zu § 8) u. 76, Preufs. Art. 38 § 8.

[49] Preufs. A.G. Art. 38 § 2—3, Altenb. § 53 zu § 3—4. Die Begründung

Digitized by Google

6. Wasser- und Deichrecht. Die dem eigentlichen Wasserrecht angehörigen vererblichen und veräufserlichen nutzbaren Gerechtigkeiten erscheinen nur ausnahmsweise als Rechte an fremder Sache[50]. Dagegen kommen im Deichrecht vererbliche und veräufserliche Nutzungsrechte vor, die sich als selbständige dingliche Rechte an dem im Eigentum des Deichverbandes stehenden Deiche darstellen[51]. In manchen Gegenden wird den Nutzungsberechtigten an den einzelnen Deichstrecken das Eigentum, oft aber nur ein nutzbares oder unvollkommenes Eigentum zugeschrieben. Neuerdings ist in Oldenburg das Nutzungseigentum an Deichgründen zu vollem Eigentum erhoben, das aber durch die bisher den Deichverbänden kraft Deichrechts zustehenden Rechte beschränkt bleibt[52]. In Hamburg dagegen ist das Nutzungsrecht an den einzelnen Deichstrecken in ein als „Deicheigentum" bezeichnetes Eigentum beschränkten Inhalts umgewandelt[53], das vom Eigentum des bürgerlichen Rechtes grundsätzlich unterschieden wird[54] und, da das Eigentum im Sinne des bürgerlichen Rechtes

erfolgt in diesem Falle durch Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung für den Eigentümer.

[50] Regelmäfsig sind sie Regalgerechtigkeiten; doch können Fischereigerechtigkeiten auch als rein privatrechtlich begründete Sachenrechte vorkommen; vgl. R.Ger. XXII Nr. 65, dazu oben Anm. 3.

[51] Preufs. Deichges. § 24; Oldenb. Deichordn. Art. 218 ff. Nach Hamb. A.G z. B.G.B. § 64—66 werden solche in Ritzebüttel bestehenden Nutzungsrechte bis zur Eintragung der belasteten Deichstrecke in das Grundbuch durch Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung übertragen oder belastet, durch mündliche oder schriftliche Verzichtserklärung von einer Last befreit und durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Amtsverwalter aufgehoben; ist das Nutzungsrecht ein Realrecht, so geht es im Falle getrennter Übertragung auf einen Dritten lastenfrei über.

[52] Oldenb. G. v. 25. April 1899 § 3.

[53] Hamb. A.G. z. B.G.B. § 51—62. Das Deicheigentum steht dem Eigentümer des hinsichtlich der Deichstrecke deichpflichtigen Grundstückes, jedoch, wenn das Nutzungsrecht ohne zeitliche Beschränkung auf einen Anderen übergegangen ist, diesem zu (§ 52). Es tritt auch an Stelle eines bisherigen Sondereigentums an einem auf der Deichstrecke errichteten und im Grundbuch als Eigentumsobjekt gebuchten Gebäude (§ 53).

[54] Es gewährt nicht die Befugnis, mit dem Grundstücke nach Belieben zu verfahren, sondern nur das Recht, dieses, soweit es nicht zum öffentlichen Wege dient, in beschränkter Weise nach Gesetz oder Herkommen zu benutzen (§ 55). Es erlischt durch Anfall an den Deichverband bei Ein- oder Auslage des Deichs; für ein Gebäude ist Entschädigung nach den Regeln der Enteignung zu gewähren, soweit nicht durch Übertragung des Eigentums an Stelle des bisherigen Deicheigentums Ersatz geleistet wird (§ 57). So lange es an

Digitized by Google

am Deiche Niemandem zustehen soll[55], vom Standpunkte des bürgerlichen Rechts nur als begrenztes dingliches Recht an einer herrenlosen Sache aufgefafst werden kann[56].

Dritter Titel.

Die Dienstbarkeiten[1].

§ 143. Begriff, Geschichte und Arten.

I. Begriff. Dienstbarkeit ist das dingliche Recht auf unmittelbare, jedoch beschränkte Nutzung einer Sache. Die Nutzung kann in Fruchtgenufs oder Gebrauch oder einem anderen Sachvorteile bestehen. Erforderlich ist, dafs die belastete Sache unmittelbar als Sachkörper dem Berechtigten dient, so dafs dieser entweder eine ihm vorteilhafte Einwirkung auf den Sachkörper vornehmen oder eine ihm nachteilige Einwirkung auf den Sachkörper untersagen darf. Demgemäfs kann die Dienstbarkeit den Eigentümer entweder zur Duldung von Eingriffen oder zur Unter-

---

einer nicht eingetragenen Strecke dem Eigentümer des deichpflichtigen Grundstücks zusteht, gilt es als Bestandteil dieses Grundstücks gemäfs B.G.B. § 96, somit als eine Art von Realrecht. Doch finden subsidiär auf das Deicheigentum die Vorschriften des B.G.B. über das Eigentum Anwendung (§ 54).

[55] A. a. O. § 51. Das der Deichobrigkeit vorbehaltene Recht, nach Gesetz oder Herkommen auf den Deich einzuwirken und tatsächlich zu verfügen (§ 56), erscheint lediglich als öffentliches Recht.

[56] Rechte weiteren Umfanges, als sie das Deicheigentum enthält, können an Deichen nicht erworben werden (§ 58). Im Falle der Trennung des Deicheigentums vom Eigentum am deichpflichtigen Grundstück kann das Grundstück des Deicheigentümers mit einer auf Ersatzleistung für die zur Erfüllung der Deichpflicht zu machenden Leistungen gerichteten Reallast zugunsten des jeweiligen Eigentümers des deichpflichtigen Grundstückes belastet werden (§ 60).

[1] Elvers, Die römische Servitutenlehre, 1854 u. 56; Schönemann, Die Servituten, 1866; Brinz, Pand. I § 186 ff.; Windscheid § 200 ff.; Dernburg § 235 ff. — Heusler, Inst. I 339 ff.; Mittermaier, D.P.R. § 166 ff.; Beseler § 99; Roth § 267 ff.; Stobbe-Lehmann § 132 ff.; H. Naendrup, Zur Geschichte deutscher Grunddienstbarkeiten, Paderborn 1900. — M. van Vleuten, Die Grunddienstbarkeiten nach altwestnordischem Rechte, München 1902. — Dernburg, Preufs. P.R. I § 274 ff.; Förster-Eccius III § 184 ff. — Zachariae-Crome I § 203 ff. — Krainz § 247 ff.; Ofner, Der Servitutenbegriff nach röm. u. österr. R., 1884. — Kohler, Arch. f. civ. Pr. LXXXVII 157 ff.; Endemann, B.R. II § 98 ff.; Cosack § 216 ff.; Dernburg, B.R. III § 160, 163 ff.; H. Lehmann § 76 ff.; Landsberg § 188 ff.

Digitized by Google

lassung von Handlungen, nicht aber zu einem Tun verpflichten. Die Nutzung mufs endlich entweder dem Inhalte oder der Dauer nach beschränkt sein, indem das Recht entweder nur auf Teilnutzung gerichtet oder an die Person des Berechtigten gebunden ist.

II. Geschichte. Der Begriff der Dienstbarkeit ist römischer Herkunft; er deckt sich mit dem römischen Begriff der Servitut. Der römische Begriff der Servitut fiel ursprünglich mit dem Begriff des jus in re aliena zusammen. Die Servituten waren nicht nur die ältesten, sondern lange Zeit hindurch die einzigen dinglichen Rechte neben dem Eigentum. Als das Pfandrecht und später die Superfizies und die Emphyteuse hinzutraten, wurde der einheitliche Begriff der Servitut für die in sich verschiedenartigen Rechte festgehalten, die einerseits als Prädialservituten (servitutes praediorum rusticorum und urbanorum) und andererseits als Personalservituten (ususfructus, usus, habitatio, operae servorum) ausgebildet waren.

Im älteren deutschen Recht fanden sich unter der unbegrenzten Zahl dinglicher Rechte auch solche, die den Inhalt von Dienstbarkeiten hatten. Beschränkte Nutzungsrechte an Grundstücken kamen ursprünglich ausschliefslich und stets überwiegend als Ausflüsse der genossenschaftlichen und herrschaftlichen Eigentumsverteilung vor, wurden aber bereits im Mittelalter in manchen Fällen durch Loslösung vom Eigentum zu Rechten an fremder Sache abgeschwächt[2] und mehr und mehr in den Städten und auf dem Lande auch durch Rechtsgeschäft als selbständige dingliche Rechte bestellt[3]. Sie konnten mit beliebigem Inhalte als Realrechte oder als Personalrechte und im letzteren Falle als höchst persönliche oder als vererbliche und übertragbare Rechte begründet werden. Ein dem Niefsbrauch entsprechendes lebenslängliches unbeschränktes Nutzungsrecht war die einstmals als lebenslängliches Eigentum aufgefafste, dann aber als begrenztes dingliches Recht ausgestaltete Leibzucht[4], die vor allem als Ausflufs personenrechtlicher Ver-

[2] Naendrup a. a. O. S. 48 ff.

[3] Beispiele b. Kraut § 99 Nr. 19; Lörsch u. Schröder Nr. 117, 144, 207; Pauli, Lübeck. Zustände im M.A. III 50 ff.; Rehme, Das Lübecker Oberstadtbuch S. 76 ff.; Naendrup a. a. O. S. 77 ff. — Vgl. über vertragsmäfsige Einräumungen in Island und Norwegen van Vleuten a. a. O. S. 34 ff., 126 ff.

[4] In Sachsensp. I Art. 32 wird bereits die Leibzucht scharf dem Eigentum gegenübergestellt. Gegen die Annahme von Sternberg, Der geschicht-

Digitized by Google

hältnisse vorkam[5], vielfach aber auch durch Rechtsgeschäft als selbständiges dingliches Recht an einer Liegenschaft oder einem Vermögen bestellt wurde[6]. Zur Zusammenfassung solcher Nutzungsrechte in einem dem römischen Servitutenbegriff verwandten Gattungsbegriff hatte das deutsche Recht keinen Anlafs[7].

Mit der Rezeption wurde der römische Begriff der Servitut, den man früh mit „Dienstbarkeit" wiedergab[8], aufgenommen. Man unterstellte aber dem Servitutenbegriff nicht nur die den römischen Servituten ähnlichen deutschen Rechte, sondern alle möglichen dinglichen Rechte deutscher Herkunft, die man anderweit nicht unterzubringen wufste, und wurde hierdurch zu einer starken Umbildung des römischen Servitutenrechts genötigt. Zu den Prädialservituten rechnete man auch die im Gemeindeverbande wurzelnden und die dem Obereigentümer vorbehaltenen Nutzungsrechte, denen zu Liebe man die wichtigsten Sätze des römischen Servitutenrechts aufgeben mufste[9]. Dem Begriff des ususfructus unterwarf man auch die familienrechtlichen Nutzungsrechte, deren Besonderheiten man dann zum Teil durch die Annahme eines eigenartigen usus-

---

liche Ursprung der sächsischen Leibzucht, Berlin 1896, S. 36 ff., die Leibzucht sei hier noch lebenslängliches Eigentum, vgl. Niese, Die Leibzucht nach den älteren sächsischen Rechtsquellen, Greifswald 1899, S. 17 ff. In den Urkunden wird Leibzucht mit ususfructus übersetzt; v. Martitz, Ehel. Güterr. S. 194 Anm. 6; ebenso Johann v. Buch in Gl. z. Sachsensp. III Art. 76 § 3. Die Ausdrücke Leibzucht oder Leibgedinge begegnen auch für lebenslängliche Grundstücksleihe (precaria); v. Martitz a. a. O. S. 195 Anm. 8.

[5] So insbesondere bei der gesetzlichen Leibzucht und den Beisitzrechten des überlebenden Ehegatten.

[6] So bei der vom Manne freiwillig für die Frau bestellten Leibzucht des sächsischen Rechts. Ebenso aber bei den Vergabungen von Todes wegen mit Vorbehalt der lebenslänglichen Nutzung.

[7] Nach van Vleuten hat das altisländische Recht einen technischen Begriff für Grunddienstbarkeit unter dem Namen itak ausgebildet, nicht dagegen das altnorwegische Recht; a. a. O. S. 10 ff., 124.

[8] Vgl. bereits U. Tengler, Laiensp. I Tit. „von dienstlichen Gütern, von Wasserlaiten, von Vihtryben".

[9] So den Satz „nemini res sua servit", die Bemessung nach dem Bedürfnis des praedium dominans, die Untrennbarkeit von diesem, die Unteilbarkeit, den Satz „servitus servitutis esse non potest" (z. B. bei Niefsbrauch an Gemeindenutzungsrechten). Um die einer Gemeinde zugunsten der Gemeindeglieder zustehende Gesamtgerechtigkeit als Prädialservitut konstruieren zu können, erhob man nach dem Vorgange von Zasius die Gemeindegemarkung als „locus universalis" zum praedium dominans; Gierke, Gen.R. III 676 ff., 729 Anm. 93.

Digitized by Google

fructus juris Germanici erklärte[10]. Daneben liefs man nicht nur Personalservituten mit beliebigem sonstigen Inhalt zu, sondern nahm auch an der Auffassung vererblicher und veräufserlicher Nutzungsrechte als Personalservituten keinen Anstofs[11]. Endlich konstruierte man sogar die Reallasten und oft auch die Zwangs- und Bannrechte als servitutes in faciendo und verlor so das letzte feste Begriffsmerkmal der Servitut.

In neuerer Zeit wurden, seitdem man anerkannte, dafs die römische Schliefsung des Kreises der jura in re aliena uns nicht binde, allmählich die eigenartigen Rechte deutscher Herkunft aus der Servitutenlehre wieder ausgeschieden und wurde demgemäfs in den Gesetzbüchern wie im gemeinen Recht der Servitutenbegriff wieder enger gefafst[12]. Damit wurde auch das Servitutenrecht, wennschon es mit deutschrechtlichen Elementen durchsetzt blieb, dem römischen Vorbild wieder mehr angenähert. Das B.G.B. hat den römischen Servitutenbegriff fast völlig wiederhergestellt, indem es neben den Grunddienstbarkeiten, die es in den Rahmen der römischen Prädialservituten bannt, nur den rechtsgeschäftlich bestellten Niefsbrauch und höchstpersönliche beschränkte Nutzungsrechte an Grundstücken als Dienstbarkeiten anerkennt. Diese Begrenzung des Servitutenbegriffs aber gewinnt durch die gleichzeitige Schliefsung des Kreises der dinglichen Rechte erhöhte Bedeutung. Auch in anderen Sätzen des neuen Rechts macht sich eine Abneigung gegen die Belastung der Grundstücke mit Dienstbarkeiten bemerkbar; die Furcht vor Gefährdung der Freiheit des Eigentums und vor drohendem Streit hat den Sieg davon getragen über die Erwägung, dafs die Dienstbarkeiten die Härten des Privateigentums am Boden mildern, eine Gemeinschaft herstellen und den wirt-

---

[10] So bei dem ususfructus maritalis, dem Beisitzrecht des überlebenden Ehegatten, der bäuerlichen Interimswirtschaft usw.

[11] So noch das Österr. Gb. § 529.

[12] Von den Gesetzbüchern kennt das Preufs. A. L.R. den Gattungsbegriff der Dienstbarkeit überhaupt nicht, regelt vielmehr in T. II Tit. 21—22 alle Gebrauchs- und Nutzungsrechte an fremder Sache und unter ihnen in Tit. 21 Niefsbrauch, Erbpacht, eingeschränkte Gebrauchs- und Nutzungsrechte (aus Leihe-, Miets- und Pachtvertrag) und die zur Kultur ausgesetzten Güter, in Tit. 22 die Grundgerechtigkeiten (wobei auch Personalservituten unterlaufen, vgl. § 96). Der Code civ. behandelt in Art. 578 ff. usufruit, usage und habitation, in Art. 637 ff. die allein „servitudes" genannten Prädialservituten. Dagegen findet sich der Gattungsbegriff der „Dienstbarkeiten (Servituten)" in Österr. Gb. § 472 ff., Sächs. Gb. § 520 ff. und denjenigen Schweiz. Gb., die nicht dem Code folgen, Huber III 335 ff.

Digitized by Google

schaftlichen Wert der Grundstücke oft durch Verteilung des Gebrauchs an die rechte Stelle erhöhen. Im übrigen lehnt sich die Regelung der Dienstbarkeiten auch im Einzelnen an das römische Vorbild an, ohne dafs hierdurch tiefgreifende Abwandlungen deutschrechtlichen Ursprungs ausgeschlossen wären.

III. Arten. Das B.G.B. kennt drei Arten von Dienstbarkeiten, indem es die römischen Prädialservituten als „Grunddienstbarkeiten" voranstellt, die Personalservituten aber in „Niefsbrauch" und „beschränkte persönliche Dienstbarkeiten" scheidet. Doch gelten nur für die Grunddienstbarkeiten und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten gemeinsame Rechtssätze, während der Niefsbrauch mit den übrigen Dienstbarkeiten nicht durch einen einzigen ihnen und nur ihnen gemeinsamen Rechtssatz verbunden wird.

1. Grunddienstbarkeiten sind Dienstbarkeiten, mit denen ein Grundstück zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstückes belastet ist. Die Belastung mufs inhaltlich auf einen Teil des Sachgebrauchs beschränkt sein. Sie mufs aber überdies einen Vorteil für die Benutzung des herrschenden Grundstücks bieten und kann das hieraus sich ergebende Mafs nicht überschreiten. Realrechte an Grundstücken mit anderem Nutzungsinhalt können im Herrschaftsbereich des bürgerlichen Rechts nicht neubegründet werden. Soweit sie auf Grund des bisherigen Rechts entstanden sind, bestehen sie fort, fallen aber nicht unter den Begriff der Grunddienstbarkeiten[13]. Gleiches gilt, wenn das Landesrecht auf einem ihm vorbehaltenen Gebiete solche Realrechte zuläfst[14]. Aber auch auf Realrechte mit dem vom B.G.B. zugelassenen Inhalte einer Grunddienstbarkeit ist der Begriff der Grunddienstbarkeit unanwendbar, wenn es sich nicht um selbständige dingliche Rechte, sondern um genossenschaftliche oder anstaltliche Sonderrechte handelt[15].

2. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten sind inhaltlich beschränkte Dienstbarkeiten, mit denen ein Grundstück

[13] Sie werden daher auch durch E.G. Art. 187 nicht geschützt. Schon bisher war nach preufs. R. ein Realrecht auf Nutzung eines Grundstücks zu persönlichem Vorteil zwar als dingliches Recht zulässig, aber keine „Grundgerechtigkeit" im Sinne des E.E.G. § 12 und daher eintragungsbedürftig; R.Ger. VIII Nr. 54, XXII Nr. 65.

[14] Z. B. im Bergrecht, oben § 142 II 5 S. 628; im Wasserrecht oder Deichrecht, oben § 142 II 6 S. 632.

[15] So auf die dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehenden Gemeindenutzungsrechte, Realgemeinderechte und Kirchstuhlsrechte.

Digitized by Google

zugunsten einer bestimmten Person belastet ist. Als vererbliche oder übertragbare Rechte können derartige dingliche Rechte im Herrschaftsbereich des bürgerlichen Rechts nicht neubegründet werden. Vererbliche und übertragbare Rechte mit gleichem Inhalt, die auf Grund des bisherigen Rechts fortbestehen oder auf einem dem Landesrecht vorbehaltenen Gebiet zugelassen sind, fallen nicht unter den Begriff der Dienstbarkeiten[16]. Ebensowenig aber höchstpersönliche beschränkte Nutzungsrechte, falls sie nicht als selbstständige dingliche Rechte erscheinen[17].

3. Niefsbrauch ist die inhaltlich auf die Nutzung im ganzen gerichtete, jedoch an die Person des Berechtigten gebundene Dienstbarkeit, mit der eine Sache oder ein anderer Vermögensgegenstand belastet ist. Ein vererbliches und übertragbares Nutzungsrecht mit gleichem Inhalte ist kein Niefsbrauch[18]. Aber auch ein an die Person gebundenes Vollnutzungsrecht ist nur dann Niefsbrauch, wenn es durch Rechtsgeschäft als reines Sachenrecht begründet ist. Das B.G.B. selbst scheidet die von ihm als sachenrechtliche Ausflüsse familienrechtlicher Verhältnisse ausgestaltete ehemännliche und elterliche „Nutzniefsung" schon durch die Namengebung aus dem Begriff des Niefsbrauchs aus[19]. Ebenso ist der Begriff des Niefsbrauchs auf die dem Landesrechte unterworfenen eigenartigen persönlichen Nutzungsrechte deutscher Herkunft unanwendbar. Dies gilt für die auf Grund des bisherigen ehelichen Güterrechts eingetretenen oder noch eintretenden Leibzuchtrechte oder Beisitzrechte des überlebenden Ehegatten[20]; für die Nutzungsrechte am Hausgut der hochadligen Familie; für die bei Anerben-

---

[16] Vgl. oben § 142 II 4 S. 628, II 5 S. 631, II 6 S. 632.

[17] So Gemeindenutzungsrechte oder Wohnungsrechte auf Grund eines Amtsverhältnisses.

[18] So die bäuerlichen Erbleihen; oben § 142 II 3 S. 625 ff.

[19] Nur durch besondere Bestimmungen werden in einzelnen Beziehungen die Vorschriften über den Nießbrauch anwendbar; B.G.B. § 1378, 1383, 1423, 1652, 1663. Durch E.G. Art. 203 ist auch bisheriger väterlicher Niefsbrauch in elterliche Nutznießung, durch die Überleitungsgesetze der Einzelstaaten aber auch bisheriger ehemännlicher Niefsbrauch in ehemännliche Verwaltung und Nutznießung verwandelt.

[20] Dafs sie nicht unter Nießbrauchsrecht fallen, ist in der Praxis überwiegend anerkannt; Gierke, Genossenschaftsth. S. 354 Anm. 1. Vgl. Württ. A.G. z. B.G.B. Art. 262 über den bei älteren Ehen fortbestehenden erbrechtlichen Anspruch auf „lebenslängliche Nutznießung". — Nießbrauch dagegen, aber Nießbrauch im Sinne des bisherigen Rechts, bleibt ein auf Grund eines selbständigen gesetzlichen Erbrechts unter Ehegatten vor dem 1. Jan. 1900 erworbener Nießbrauch; E.G. Art. 184.

Digitized by Google

gütern vorkommenden Verwaltungs- und Nutzungsrechte des aufgeheirateten Wirts oder überhaupt des überlebenden Ehegatten und des Interimswirts[21]; für die bei einer bäuerlichen Gutsabtretung vorbehaltene Herrschaft[22]; für nicht erbliche bäuerliche Leiherechte[23]; für das aus einem öffentlichen Amts- oder Dienstverhältnisse fliefsende Nutzungsrecht und namentlich für das kirchliche Pfründenrecht[24]. Dagegen kann im Herrschaftsbereiche des B.G.B. ein dingliches Vollnutzungsrecht aufser der ehemännlichen und elterlichen Nutzniefsung nur in der Form des rechtsgeschäftlich bestellten Niefsbrauchs begründet werden[25].

---

[21] Vgl. für das Recht des aufgeheirateten Wirts R.Ger. XIV Nr. 48, XIX Nr. 46, Seuff. XXXIII Nr. 318, XXXVI Nr. 47, LII Nr. 171; für das Recht des Interimswirts Seuff. XLI Nr. 32. Doch sind nach Braunschw. A.G. z. Grdb.O. § 17 die Rechte des aufgeheirateten Ehegatten und des Interimswirts im Grundbuch als dingliche Lasten und Beschränkungen des Eigentums einzutragen. — Auch die verwandten Rechte, die nach neueren Gesetzen durch Verfügung des Erblassers für den leiblichen Vater des Anerben auf Lebenszeit und für die leibliche Mutter des Anerben bis zu dessen Volljährigkeit begründet werden können, werden nicht als Niefsbrauch, sondern als „eigne Nutzung und Verwaltung" charakterisiert; Preufs. Höferechtsges. f. Hannover § 19, Lauenb. § 18, Landgüterordn. f. Brandenb. § 16, Schles. § 17, Schlesw.-Holst. § 23, Anerbenrechtsges. f. Rentengüter § 32.

[22] Als Rest der bei einer Vergabung von Todes wegen vorbehaltenen Leibzucht kein Niefsbrauch nach Seuff. XXXIII Nr. 51, XXXVII Nr. 51, XLV Nr. 198.

[23] Wo derartige bäuerliche Nutzungsrechte an einem Grundstück noch bestehen, kann nach E.G. Art. 197 das Landesrecht auch die Neubegründung eines gleichen Nutzungsrechts nach Beendigung zulassen und für den Gutsherrn den Leihezwang festhalten oder einführen. Vgl. Meckl. A.V. z. B.G.B. § 178 (Str. § 175): das Nutzungsrecht ist, wenn das belastete Grundstück ein Blatt erhalten hat, eintragungsbedürftig, es genügt aber die Eintragung des Rechtes als solchen ohne Nennung des jeweiligen Besitzers; im übrigen gilt das bisherige Recht. Auch das Preufs. A. L.R. I, 21 § 626 ff. sah die nicht oder beschränkt vererblichen bäuerlichen Leiherechte als eigenartige dingliche Rechte an.

[24] E.G. Art. 80. Vgl. Meckl. A.V. § 90 (88) Abs. 3 u. § 99 (97); Meining. A.G. z. B.G.B. Art. 31 § 6. — Das Preufs. A. L.R. bezeichnet das Recht des Pfarrers am Pfarrgut als „Niefsbrauch" (II, 11 § 778); dieser Niefsbrauch ist aber auch künftig nicht nach den Vorschriften des B.G.B., sondern nach den landrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen; vgl. Dernburg, B.R. III § 183 Z. 2; a. M. Biermann Bem. 2 vor § 1030.

[25] Dies gilt auch für den Fall des Vorbehaltes oder der Übertragung der Nutzung bei einem Gutsübergabe- oder Verpfründungsvertrage und für den Fall der Zuwendung der Nutzung durch Verfügung von Todes wegen. Insbesondere kann der nach verbreiteter deutscher Sitte dem überlebenden Ehe-

Digitized by Google

§ 144. Grunddienstbarkeiten.

I. Begriff. Grunddienstbarkeit ist das dem jeweiligen Eigentümer eines herrschenden Grundstücks an einem dienenden Grundstücke zustehende Recht, das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen oder die Vornahme gewisser Handlungen auf demselben zu untersagen oder die Ausübung eines aus dem Eigentum an demselben gegenüber dem eignen Grundstücke sich ergebenden Rechtes auszuschliefsen[1]. Die Grunddienstbarkeit setzt das Dasein zweier selbständiger Grundstücke voraus[2]. Herrschendes Grundstück kann nur ein bestimmtes einzelnes Grundstück als Ganzes sein[3]. Dienendes Grundstück kann auch ein Grundstücks-

gatten gebührende Genufs des Nachlasses oder eines Teiles desselben nur als sachenrechtlicher Niefsbrauch angeordnet werden.

[1] B.G.B. § 1018. Immer mufs es Eigentumsinhalt sein, den das Recht ausscheidet. Darum kann es bei der zweiten Gattung nur auf Untersagung solcher Handlungen gehen, die in Ausübung des Eigentums, also als Nutzungshandlungen, vorgenommen werden, nicht dagegen Handlungen, die kraft der persönlichen Freiheit gestattet sind, ausschließen; K.Ger. in Rsp. d. O.L.G. V 154. Ebenso kommen bei der dritten Gattung nur die im Eigentum enthaltenen Rechte in Betracht; nicht z. B. ein gesetzliches Vorkaufsrecht, K.Ger. a. a. O. S. 423; ebensowenig die künftigen Entschädigungsansprüche aus etwaiger Grundstücksbeschädigung, Rsp. d. O.L.G. III 96, 291, IV 68, Biermann zu § 1018 Bem. 2 c, teilweise a. M. Kober Bem. II c. Hauptsächlich gehören hierher die schon oben (§ 126 I S. 419) besprochenen Grunddienstbarkeiten zur Ausschließung eines Nachbarrechts. Auch sie können auf Benutzung des belasteten Grundstücks oder auf Untersagung von Nutzungshandlungen gehen; in beiden Fällen aber stehen hier Handlungen auf dem herrschenden Grundstück in Frage, die im ersten Falle dessen Eigentümer trotz unzulässiger Einwirkung auf das dienende Grundstück (z. B. durch Immission, Bodenveränderung, Lichtentziehung) vornehmen, im zweiten Falle der Eigentümer des dienenden Grundstücks trotz ihrer gesetzlichen Zulässigkeit (z. B. kraft Notwegsrechts) nicht vornehmen darf. Überdies kann eine derartige Grunddienstbarkeit auch eine gesetzliche Verpflichtung des Eigentümers des herrschenden Grundstück zu einem Tun (z. B. die Abmarkungspflicht) ausschließen.

[2] Vgl. Seuff. XXXVI Nr. 15. Nicht begrifflich erforderlich ist, daß die Grundstücke in verschiedenem Eigentum stehen. Nur zur Entstehung der Grunddienstbarkeit ist Eigentumsverschiedenheit unerläßlich; unten Anm. 6. Auch zu ihr aber genügt Differenzierung der Subjekte durch Miteigentum; B.G.B. § 1009 Abs. 2.

[3] Nicht ein Grundstücksteil; vgl. Seuff. XXXVI Nr. 26. Doch ist die Beschränkung auf Ausübung zum Vorteil eines Grundstücksteils zulässig. Auch nicht eine Gesamtheit von Grundstücken. Doch können die Zwecke, denen zuliebe bisher Grunddienstbarkeiten zugunsten einer Gemeindeflur oder

Digitized by Google

teil sein[4]. Die Rolle des herrschenden wie des dienenden Grundstücks kann auch ein Erbbaurecht oder eine andere liegenschaftliche Gerechtigkeit spielen[5].

II. Begründung. Die Begründung einer Grunddienstbarkeit erfolgt im Herrschaftsbereiche des B.G.B. ausschliefslich durch dinglichen Vertrag und Eintragung[6] oder durch Buchersitzung auf Grund eines Eintrags[7]. Nach Landesrecht ist allgemein auch die Begründung durch behördliche Verfügung im Wege der Enteignung (einschliefslich der agrarrechtlichen Eingriffe) möglich[8]. Überdies kann das Landesrecht besondere Vorschriften für die Begründung von Grunddienstbarkeiten an buchungsfreien Grundstücken aufstellen[9].

---

eines „ganzen territorialen oder personalen Kreises" angenommen wurden (R.Ger. IV Nr. 38), entweder durch gegenseitige Belastung aller Grundstücke eines Bezirkes mit gleichartigen Grunddienstbarkeiten (z. B. der blofs villenmäfsigen Bebauung, Kohler a. a. O. S. 187) oder durch eine Personalservitut zugunsten einer juristischen Person (unten § 145) erreicht werden.

[4] Davon scharf zu unterscheiden ist die Belastung des ganzen Grundstücks unter Beschränkung der Rechtsausübung auf einen Grundstücksteil; B.G.B. § 1023 Abs. 1 S. 2. — Nicht belastbar ist ein Bruchteil.

[5] Da die selbständige Gerechtigkeit einem Grundstücke gleichsteht, kann sie auch gegenüber dem Grundstücke, auf dem sie ruht, die Stelle des herrschenden oder dienenden Grundstücks einnehmen. Dies gilt erst recht im Verhältnis von Unter- und Obereigentum.

[6] Die Grunddienstbarkeit kann also nicht als Eigentümerdienstbarkeit entstehen. Dagegen steht an sich nichts im Wege, dafs eine Grunddienstbarkeit auf Antrag des Eigentümers zweier Grundstücke bereits vor der Veräufserung des einen eingetragen wird und sodann durch Einigung mit dem neuen Eigentümer entsteht. Doch lehnt, obschon ein dringendes Bedürfnis solche Eintragungen fordert, die deutsche Praxis sie als unzulässig ab; K.Ger. XX S. A 294, R.Ger. XLVII Nr. 45. Vgl. dagegen Predari zu Grdb.O. § 8 Bem. 4, Dernburg § 170 Anm. 4. — Grundsätzlich für die Zulassung der Eigentümerdienstbarkeit in überzeugender Ausführung E. Huber, Die Eigentümerdienstbarkeit, Bern 1902. So auch Schweiz. Entw. Art. 726.

[7] Vgl. oben § 119 X 1 a S. 331 ff.

[8] E.G. Art. 109, 113; oben § 128 S. 480 u. 501. (Unrichtig Naendrup a. a. O. S. 11.) Auch Begründung durch Gesetz kann vorkommen. So haben einzelne A.G. z. B.G.B. manche bisher anders geartete Rechte in Grunddienstbarkeiten verwandelt; z. B. Hess. Art. 221 Abs. 2, Bayr. Art. 67, Bad. Art. 22, Meckl. § 187 (188).

[9] E.G. Art. 128. Mehrere A.G. z. B.G.B. bestimmen, dafs zur Begründung eine Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung in öffentlich beurkundeter Form erforderlich und ausreichend sein soll; Bayr. Art. 84, Württ. Art. 212, Meckl. § 122 (120), Oldenb. § 13 (Birkenf. § 41, Lüb. § 13), Weim. § 122, Braunschw. § 51, Anh. Art. 48, Lipp. § 31, Rudolst. Art. 75, Reufs j. L. § 74,

Digitized by Google

Hiermit ist das bisherige Recht in tiefeinschneidender Weise abgeändert.

Die rechtsgeschäftliche Bestellung einer Grunddienstbarkeit erfolgte nach gemeinem Recht und den meisten deutschen Partikularrechten durch einfachen Vertrag oder Verfügung von Todeswegen[10]. Das ältere deutsche Recht, das regelmäfsig hier wie bei allen dinglichen Rechten gerichtliche Fertigung und in den Städten oft Eintragung in das Stadtbuch forderte[11], hatte sich nur in geringen partikularrechtlichen Resten erhalten[12]. Auch die neuere Grundbuchgesetzgebung band nur in wenigen Ländern die

Lüb. § 81, Hamb. § 43. Die Ersitzung fällt hier weg. Anderswo ist das Recht des B.G.B. für anwendbar erklärt, so dafs die Bestellung Eintragung und somit zunächst Anlegung eines Grundbuchblattes fordert; Sondersh. Art. 23 § 2, Schaumb. A.G. z. Grdb.O. § 17 (unter ausdrücklichem Ausschlufs der Ersitzung). — Wo nichts bestimmt ist, gilt das bisherige Recht; Dernburg § 169 Z. 3 f. Dies wird für Sachsen in A.G. z. Grdb.O. § 5 als selbstverständlich vorausgesetzt. Dagegen wird für Preufsen das Schweigen des A.G. in der Begründung zu Art. 26 u. b. Förster, Grundbuchr. S. 22, Stranz u. Gerhard S. 194, im Sinne der Unterwerfung unter das B.G.B. gedeutet. Dies ist an sich unrichtig. Allein in den landrechtlichen und französischrechtlichen Gebieten wird durch die vorbehaltlose Aufhebung der bisherigen Vorschriften in A.G. Art. 89 in der Tat dieser Erfolg herbeigeführt.

[10] Die ältere Meinung, der sich auch die Praxis anschlofs (Seuff. XV Nr. 5, XX Nr. 110), forderte aufser dem Vertrage Quasitradition; vgl. darüber und dagegen Windscheid § 212 Anm. 1, Dernburg, Pand. § 251, Roth, D.P.R. § 268 Anm. 24. — Der Vertrag ist gemeinrechtlich formfrei. Ebenso nach Sächs. Gb. § 567. Dagegen fordert das Preufs. L.R. I, 5 § 135 Schriftlichkeit; Förster-Eccius III § 187 Anm. 32 u. 53, Dernburg, Preufs. P.R. I § 296 Anm. 9—10. Das bayr. R. notarielle Beurkundung; Roth, Bayr. C.R. II § 153 Anm. 19.

[11] Über Fertigung vor Gericht oder Rat Stobbe-Lehmann § 132 Anm. 32, Rehme, Lübecker Oberstadtbuch S. 116 ff. — Über Eintragung Bischoff, Olmützer Stadtbuch S. 41; Pauli, Lüb. Zustände III 44 ff., Rehme S. 76 ff.; v. Duhn, Deutschrechtliche Arbeiten S. 24 ff.; Kölner Schreinsurk. I 18, 25, 26, 28 u. oft; Erbebücher der Stadt Riga b. Napierski I Nr. 70, 226, 644, 714, 778, 1153, II Nr. 146, 696, 697, 879.

[12] So in der gerichtlichen Bestätigung, die nach Württemb. L.R. II, 9 § 10 erforderlich war (Lang, Sachenrecht § 72), von Manchen auch nach älterem sächs. R. verlangt wurde (Emminghaus S. 127 Nr. 105, Haubold § 191 l) und im Weimar. Pfandges. v. 6. Mai 1839 § 139 vorgeschrieben war. Ferner in den Eintragungen, die bei nicht offensichtlichen Servituten in Lübeck und Hamburg zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte erforderlich blieben; v. Duhn a. a. O. S. 24 ff. u. 42 ff. (ebenso in Bremen die Lassung, vgl. ebenda S. 36 ff.).

Digitized by Google

Entstehung der Grunddienstbarkeit an die Eintragung[13]. Bisweilen machte sie die Wirksamkeit der Grunddienstbarkeit gegen Dritte ganz oder teilweise von der Eintragung abhängig[14]. Im gröfsten Teile Deutschlands aber nahm sie die Grunddienstbarkeiten vollständig vom Eintragungszwange aus[15]. Diese Ausnahmestellung der Grunddienstbarkeiten ist, soweit nicht buchungsfreie Grundstücke in Frage stehen, durch das neue Recht beseitigt. Keine rechtsgeschäftliche Bestellung einer Grunddienstbarkeit kommt ohne Eintragung zustande[16]. Doch ist nicht nur die aufser der Eintragung erforderliche sachenrechtliche Einigung, sondern auch der obligationenrechtliche Vertrag über die Bestellung einer Grunddienstbarkeit formfrei. Somit kann ein Anspruch auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit auch auf stillschweigende Abrede gegründet werden und ist künftig namentlich auch in den Fällen anzunehmen, in denen bisher bei der Veräufserung eines von mehreren Grundstücken desselben Eigentümers aus vorhandenen Anlagen oder sonstigem wirtschaftlichen Zusammenhange auf die

---

[13] In Deutschland nur in Nassau (Stockbuchges. § 8), Braunschweig (G. v. 8. März 1878 § 8) und dem gröfsten Teil von Mecklenburg (Motive zum Entw. I Bd. III 165 Anm. 1). Unbedingt in Österreich nach B.G.B. § 841 und einigen Schweizer Kantonen (Bern. Art. 449 u. 453, Luzern. § 337, Baseler Ges. b. Huber III 352). — Nur für gewisse (insbesondere nicht offensichtliche) Servituten Zürch. Gb. § 224—243 (691—692) u. 245 (645), Zug § 222, Schaffhaus. G. b. Huber III 351. Ähnlich wollte der Bayr. Entw. III Art. 303 u. 306 bestimmen.

[14] Schlechthin das Ges. f. Kassel v. 29. März 1873 § 3. Gutgläubigen Dritten gegenüber ein Meckl. Ges. (Roth § 268 Anm. 1) und bei nicht offensichtlichen Servituten die hanseatischen Rechte (oben Anm. 12). Gutgläubigen Erwerbern eines dinglichen Rechts am Grundstücke gegenüber Württ. Pfandges. v. 15. Apr. 1825 Art. 66 ff. (bestritten), Elsafs-Lothr. G. v. 22. Juni 1891 § 4, Rheinhess. G. v. 10. Mai 1893 Art. 9.

[15] In Preufsen wurde die Vorschrift des A. L.R. I, 22 § 18, nach der die den Nutzungsertrag des Grundstücks schmälernden und gleichwohl nicht offensichtlichen Grundgerechtigkeiten eintragungsbedürftig waren, schon durch Anhang § 58 aufgehoben und im E.E.G. § 12 die Vollwirksamkeit der Grundgerechtigkeiten ohne Eintragung festgehalten. Doch waren die Grunddienstbarkeiten eintragungsfähig. Ebenso in Oldenburg und Anhalt. Nach den meisten Gesetzen waren die Grunddienstbarkeiten nicht einmal eintragungsfähig. So in Bayern, Sachsen, Weimar, Altenburg.

[16] Sie entsteht daher auch nur mit dem eingetragenen oder gemäfs B.G.B. § 874 aus der Eintragungsbewilligung zu entnehmenden Inhalte, soweit er vereinbart ist. Dagegen entschied nach preufs. R. nicht der Eintragungsvermerk, sondern der Erwerbstitel; R.Ger. XXVIII Nr. 71.

Digitized by Google

stillschweigende Bestellung einer Grunddienstbarkeit geschlossen wurde [17].

Fast allgemein war ferner bisher die Ersitzung einer Grunddienstbarkeit zulässig [18]. Im älteren deutschen Rechte gab es freilich eine eigentliche Servitutenersitzung nicht. Doch wurde durch unwidersprochene Ausübung binnen Jahr und Tag eine rechte Gewere begründet [19]. Im übrigen half die Unvordenklichkeit aus. Nach der Rezeption wurde neben der Unvordenklichkeit [20] die römischrechtliche Servitutenersitzung in das gemeine Recht aufgenommen und mit mancherlei Abwandlungen in den Partikularrechten festgehalten [21]. Die Ersitzung fordert einen während der Ersitzungszeit in gutem Glauben ausgeübten [22], fehlerfreien [23] und

---

[17] Seuff. XI Nr. 121, XIII Nr. 212, XXI Nr. 105, XXX Nr. 119, XXXV Nr. 119, 278, XXXVIII Nr. 216, XL Nr. 184, XLII Nr. 39, LIII Nr. 10; R.Ger. XIII Nr. 59; Sächs. Gb. § 575; E. Huber, Die Eigentümerdienstbarkeit S. 59 ff. Wo schon bisher Eintragungszwang galt, wurde die stillschweigende Bestellung ebenfalls als Erwerbstitel anerkannt; Seuff. XXV Nr. 201.

[18] So auch in den Gebieten mit Eintragungszwang, z. B. nach Braunschw. G. v. 1878 § 15. Als Eintragungstitel in Mecklenb. nach Rost. Erk. b. Budde VI 86, VII 87. Ebenso nach Österr. Gb. § 480. — Dagegen schliefsen Berner Gb. Art. 453, Luzern. § 778 u. andere Schweiz. Ges. mit Eintragungszwang die Ersitzung aus; Huber III 358.

[19] Laband, Vermögensr. Kl. S. 328, Pauli, Lüb. Zust. III 50 ff., v. Duhn a. a. O. S. 23 ff., Stobbe-Lehmann § 132 Anm. 38, Dortmunder Stat. b. Frensdorff S. 251 ff., Bremer Stat. v. 1303 c. 62 u. Nr. 32.

[20] Oben Bd. I 317 Anm. 43. — Nur Unvordenklichkeit kennen die älteren schweiz. Rechte, in denen die Ersitzung nicht rezipiert wurde, sowie Glarner Gb. § 82, Zuger § 223; Huber III 354.

[21] Elvers § 68; Windscheid § 213; Dernburg I § 252. — Mittermaier I § 163; Roth III § 268 V; Stobbe-Lehmann § 132 Z. 6. — Bayr. L.R. II, 7 § 5, II, 9 § 2. Preufs. L.R. I, 22 § 13 ff. Code civ. Art. 690 u. 691. Sächs. Gb. § 577 ff. Lang, Württ. Sachenr. § 74. Bündner Gb. § 255—256 u. andere Schweiz. Gb. b. Huber III 355 ff.

[22] Guter Glaube ist auch nach gem. R. jedenfalls auf Grund des kanonischen Rechts (c. 20 X de praescr. 2, 26) erforderlich; Seuff. VIII Nr. 348, XVI Nr. 9, XXXV Nr. 192, XLVIII Nr. 7, XLIX Nr. 237. Vgl. Sächs. Gb. § 583.

[23] Der Besitz darf nicht heimlich geübt sein, ist aber nicht schon heimlich, wenn er nicht zur Kenntnis des Eigentümers gekommen ist, sondern nur, wenn er ihm verheimlicht werden sollte; R.Ger. XVI Nr. 49, XXV Nr. 31, Seuff. IX Nr. 130, XXI Nr. 106, XXXV Nr. 190; Sächs. Gb. § 585; anders Bayr. L.R. II, 7 § 5 Nr. 1. Ferner nicht gewaltsam; Seuff. VI Nr. 154, XXIV Nr. 107, XXXI Nr. 315; Sächs. Gb. § 584. Endlich nicht auf bloßer Vergünstigung beruhend; Seuff. XXV Nr. 221, XLIX Nr. 10; Bayr. L.R. a. a. O. Nr. 4, Preufs. L.R. I, 22 § 14—15, Sächs. Gb. § 583.

Digitized by Google

ununterbrochenen[24] Rechtsbesitz[25]. Ein Titel ist nach gemeinem Recht nicht erforderlich[26]. Die Ersitzungszeit, die nach gemeinem Recht zehn Jahre unter Anwesenden und zwanzig Jahre unter Abwesenden beträgt[27], ist in den Partikularrechten vielfach abweichend bestimmt[28]. Die Ersitzung unständiger Dienstbarkeiten (servitutes

[24] Unterbrechung tritt durch Besitzaufgabe oder Besitzentsetzung und durch gerichtlichen Widerspruch ein. Nach der Annahme des R.Ger. I 104 genügt im gem. R. aufsergerichtlicher Widerspruch, nach Sächs. Gb. § 586 aufsergerichtliche Pfändung (oben Bd. I 351 Anm. 90). — Bei nur gelegentlich ausgeübten Dienstbarkeiten wird Besitzverlust schon bei unverhältnismäßig langen Zwischenräumen zwischen den Ausübungshandlungen angenommen; Seuff. I Nr. 408, IX Nr. 129, XVI Nr. 177, XXI Nr. 107. Ist jedes Jahr Gelegenheit, so wird jährliche Ausübung verlangt; Seuff. II Nr. 141, XXI Nr. 217, XXIV Nr. 35; Preufs. L.R. I, 9 § 596. Im übrigen werden oft mindestens drei Ausübungshandlungen gefordert; Seuff. XIII Nr. 82, Preufs. L.R. I, 22 § 649, Österr. Gb. § 1471, Sächs. § 581, 582. — Keine Unterbrechung bewirkt zeitweilige Deckung des Rechtsbesitzes durch ein persönliches Recht (z. B. aus Pachtung); R.Ger. XXII Nr. 38. — Ebensowenig Wechsel im Besitz des als dienend behandelten Grundstücks (anders die später beseitigte Vorschrift des Preufs. L.R. I, 22 § 24). Doch wird bisweilen im Falle der Verpachtung zur Fortsetzung des Ersitzungsbesitzes Kenntnis des jeweiligen Eigentümers von der gegen das Grundstück gerichteten Rechtsausübung verlangt; Stobbe a. a. O. Anm. 45, für das preufs. R. R.Ger. XXXI Nr. 73.

[25] Erforderlich ist tatsächliche Herrschaftsausübung in der Meinung der Rechtsausübung. Doch genügt die Meinung, irgend ein Recht (z. B. auch Eigentum) auszuüben: R.Ger. IV Nr. 40, XVI Nr. 49, vgl. auch Seuff. VII Nr. 154, VIII Nr. 292, XVII Nr. 14, XX Nr. 19, XXII Nr. 23, XXVII Nr. 98, XXXV Nr. 101, XXXVI Nr. 262. Abweichend (es müsse Ausübung einer Dienstbarkeit gewollt sein) Seuff. VIII Nr. 220, 236, XXII Nr. 22, LIII Nr. 9. — Nach dem Umfange der Ausübung entscheidet sich der Umfang des ersessenen Rechts; R.Ger. I Nr. 46; Seuff. XVII Nr. 12, XXIII Nr. 16, XLVI Nr. 171; Sächs. Gb. § 588.

[26] Seuff. I Nr. 408, IX Nr. 132, XIX Nr. 207, XXXIV Nr. 19. Dagegen ist ein Titel erforderlich nach Bayr. L.R. II, 7 § 5 Nr. 1, Württ. Gewohnheitsrecht (Lang § 74 Anm. 21), Preufs. L.R. (R.Ger. XVI Nr. 49), Österr. Gb. § 480. Hier überall aber wird eine aufserordentliche Ersitzung ohne Titel zugelassen. Über französ. R. vgl. R.Ger. XXXIX Nr. 94 (Ersetzung des Titels durch Anerkenntnis).

[27] Seuff. I Nr. 408, XXXIV Nr. 19, XXXVI Nr. 265. An Grundstücken des Fiskus und gleichgestellter Personen 40 Jahre; Seuff. L Nr. 158. — Ebenso fordert das Preufs. L.R. 10 oder 20, bei der aufserordentlichen Ersitzung aber 30 (dem Fiskus usw. gegenüber 44) Jahre.

[28] Eine Ersitzung in Jahr und Tag findet nach Lüb. und Brem. R. bei Gebäudeservituten statt; rev. Lüb. R. I, 8 Art. 2, Seuff. XXXVI Nr. 184, Post III § 15 Anm. 4. Die Frist von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen galt im gemeinen Sachsenrecht; Heimbach § 191. Das Sächs. Gb. § 577 hat 30 Jahre an die Stelle gesetzt. Die Frist von 30 Jahren begegnet auch in

Digitized by Google

discontinuae) ist bisweilen ausgeschlossen oder doch erschwert[29]. Zum Teil haben auch die Ablösungsgesetze die Neubegründung der für ablösbar erklärten Dienstbarkeiten durch Ersitzung untersagt[30]. Unter der Herrschaft des B.G.B. fällt jede Ersitzung nicht eingetragener Dienstbarkeiten weg und kann auch eine begonnene Ersitzung nicht vollendet werden[31].

Die unter der Herrschaft des bisherigen Rechts erworbenen Grunddienstbarkeiten sind anderen dinglichen Rechten gegenüber dadurch bevorzugt, daſs sie auch nach Anlegung des Grundbuchs zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen. Ihre Eintragung ist aber auch da, wo dies früher nicht der Fall war, zulässig und kann von jedem Teil auf eigne Kosten herbeigeführt werden. Das Landesgesetz kann sie ganz oder teilweise dem Eintragungszwange unterwerfen[32].

---

bayr. Partikularrechten (Roth, Bayr. C.R. § 153 Anm. 65—67), im Code civ. Art. 690, Österr. Gb. § 1470 (bei der auſserordentlichen Ersitzung 40 Jahre, § 1472) u. Schweiz. G. (Huber III 355 ff.). Das Bayr. L.R. II, 7 Art. 5 fordert nur 5 oder 10 Jahre, ohne Titel aber 40 Jahre. 10 Jahre im Zürch. Gb. § 246 (696), 15 im Schaffh. § 643, 20 oder 40 im Bündner § 255.

[29] Ganz ausgeschlossen im Code civ. Art. 691 und manchen Schweiz. G. (Huber III 355). Nach Bayr. L.R. II, 7 § 5 Nr. 3 ist die ordentliche Ersitzung zulässig, mangels eines Titels aber nur Unvordenklichkeit. Das Preuſs. L.R. I, 9 § 649 gibt nur eine auſserordentliche Ersitzung in 40 Jahren. — Gemeinrechtlich gilt nichts Besonderes; Seuff. L Nr. 80. Eine ältere Ansicht schloſs die Ersitzung aus und gewährte nur Berufung auf Unvordenklichkeit. Dies galt in einzelnen Ländern als gewohnheitsrechtlich eingeführt; so in Nassau, Kurhessen (Seuff. XVIII Nr. 17), Neuvorpommern (Fenner u. Meckr VIII Nr. 30). Das Reichsgericht hat aber dieses Gewohnheitsrecht umgestürzt, C.S. III Nr. 59; vgl. Seuff. XXXI Nr. 120, XXXV Nr. 7.

[30] Förster-Eccius § 157 Anm. 54, Dernburg, Preuſs. P.R. § 298 Z. 3; Haubold § 191.

[31] Über das Bedenkliche der Neuerung Gierke, Entwurf S. 293 ff. Die Bedenken sind durch E.G. Art. 187 abgeschwächt, nicht beseitigt. Kohler a. a. O. S. 247 ff. übersieht bei seiner Verwerfung der Servitutenersitzung die soziale Bedeutung der Frage.

[32] E.G. Art. 187. Die Landesgesetzgebung hat es meist bei der reichsgesetzlichen Vorschrift belassen. So auch Braunschw A.G. z. B.G.B. § 50 für ersessene Grunddienstbarkeiten (Rang nach Entstehungszeit). In den A.G. f. Lippe § 29 u. Reuſs j. L. § 88 wird nur bestimmt, was ohnehin gälte. — Dagegen sind nach Bayr. Überg.G. Art. 10 (vgl. dazu Oertmann S. 469 ff.) alle Grunddienstbarkeiten, die nicht mit dem Halten einer dauernden Anlage verbunden sind, innerhalb einer durch landesherrliche Verordnung zu bestimmenden Frist, nach Meckl. A.V. § 186 (184) die in die bisherigen Hypothekenbücher eingetragenen Grunddienstbarkeiten, nach Schaumb. A.G. z.

Digitized by Google

III. Inhalt. Der Inhalt der Grunddienstbarkeit kann innerhalb des allgemeinen gesetzlichen Rahmens beliebig bestimmt werden[33]. Doch kann das Landesgesetz die Bestellung gewisser Grunddienstbarkeiten untersagen oder beschränken und auch den Inhalt und das Mafs der einzelnen Arten von Grunddienstbarkeiten näher bestimmen[34].

Allgemein aber ist durch zwingende Vorschrift des neuen Rechts der zulässige Inhalt einer Grunddienstbarkeit nach Art und Mafs auf eine Belastung beschränkt, die einen Vorteil für die Benutzung des herrschenden Grundstücks bietet[35]. Hiermit ist dem deutschen Recht gegenüber das römische Erfordernis des Grundstücksvorteils wiederhergestellt, keineswegs aber die enge Auslegung des Grundstücksvorteils in den römischen Quellen für uns zur Richtschnur erhoben[36]. Insbesondere genügt einerseits ein aus der Belastung für jeden Eigentümer des herrschenden Grundstücks fliefsender idealer oder ästhetischer Vorteil[37], andererseits ein Vorteil für einen durch dauernde Zweckbestimmung mit dem Grundstücke verknüpften gewerblichen oder anstaltlichen

---

Grdb.O. § 18 die durch Ersitzung erworbenen Grunddienstbarkeiten binnen 10 Jahren und nach Hamb. A.G. z. B.G.B. alle Grunddienstbarkeiten binnen 10 Jahren eintragungsbedürftig. Das Hess. A.G. Art. 141 ermächtigt landesherrliche Verordnung zur Einführung eines Eintragungszwanges; vgl. V. v. 20. Juni 1900.

[33] Das B.G.B. überläfst alles der Vereinbarung und regelt nicht einmal subsidiär die Hauptarten. Auch nach bisherigem Recht galt keine Beschränkung auf die durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht ausgebildeten Arten; Elvers § 15, Seuff. X Nr. 16, LI Nr. 98.

[34] Ausgeschlossen ist oft die Neubegründung der als kulturschädlich abgelösten Servituten, wie in Bayern der Weide-, Forst- und Jagdservituten (durch A.G. z. B.G.B. Art. 86 auf die Pfalz ausgedehnt), in Württemberg und Hessen der Weideservituten, usw. — Über die landesrechtliche Regelung einzelner Arten vgl. unten § 146.

[35] B.G.B. § 1019. Soweit eine Grunddienstbarkeit hiernach unzulässig ist, kommt sie auch durch Eintragung nicht zustande. Die Eintragung ist nicht blofs unrichtig, sondern nichtig; oben § 119 S. 346 ff.

[36] Schon die Fassung des § 1019 ist weiter als das römische „fundo utilis“ und deutet darauf hin, dafs das Grundstück nicht blofs als natürlicher Sachkörper, sondern auch als Grundlage von Familienleben, Berufstätigkeit, gemeinnützigen Einrichtungen usw. in Betracht kommt.

[37] Wie Aussicht, Stille, Annehmlichkeit oder Bequemlichkeit des Zuganges, villenmäfsige Bebauung der Umgebung oder auch deren Bebauung in bestimmtem Stil usw. Auch das in l. 8 D. 8, 1 ausgeschlossene Recht, im Nachbargarten spazieren zu gehen oder zu speisen, wird man heute trotz Kohler S. 169 ff. und Dernburg, B.R. III § 164 Anm. 7, zulassen müssen.

Digitized by Google

Betrieb[38]. Unzulässig dagegen ist die Belastung zum blofsen persönlichen Vorteil dieses oder jenes Eigentümers[39] oder zugunsten eines von der Zweckbestimmung des Grundstücks unabhängigen Gewerbebetriebes[40]. Die sonstigen römischrechtlichen Einengungen des Bereiches der Prädialservituten sind für das heutige Recht bedeutungslos[41].

Den Inhalt der Belastung kann ferner nach dem Begriffe der Grunddienstbarkeit nur ein Dulden oder Unterlassen, nicht ein Tun bilden. Unter dem Einflusse des deutschen Rechtes aber, das ja die Belastung eines Grundstücks mit einer Leistungspflicht nicht gleich dem römischen Rechte überhaupt ausschlofs, sondern als Reallast zuliefs, ist der Begriff der Grunddienstbarkeit dahin erweitert worden, dafs zwar niemals ihr Hauptinhalt, wohl aber ein Nebeninhalt in Tun bestehen kann[42]. Insbesondere wurde die Last der Unterhaltung einer für die Ausübung der Grunddienstbarkeit erforderlichen Anlage, die nach römischem Recht ausnahms-

---

[38] So für den Fall dauernder Einrichtung des Grundstücks für den Berieb R.G. XXX Nr. 61, Motive III 481 ff. Doch ist eine besondere Einrichtung nicht unerläfslich; Biermann zu § 1019 Bem. 1, Kipp b. Windscheid I 958. Auch die Unterlassung eines Konkurrenzbetriebes ist an sich zuässiger Inhalt einer Servitut; Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XLV Nr. 168, Kober Bem. 1 c zu § 1019, Biermann Bem. 1; a. M. Seuff. XIX Nr. 18, XX Nr. 15 u. 106, Stobbe-Lehmann II 2 S. 7, Kohler S. 174 ff.

[39] Z. B. mit dem Recht, auf dem Grundstücke zu botanisieren, zu malen, Lawn-Tennis zu spielen.

[40] Z. B. mit dem Recht der Gewinnung von Holz, Torf, Mineralien usw. zum Verkauf; oben § 143 Anm. 12. Vgl. Kohler S. 213, Planck zu § 1019 Bem. 2 d, Biermann Bem. 1; a. M. Dernburg § 164 Anm. 4.

[41] Wenn Kohler S. 183 ff. an einem selbständigen Erfordernis der vicinitas der Grundstücke festhalten will, so wurde schon im gem. R. nur ein solches räumliches Verhältnis gefordert, daß eben die Benutzung des einen Grundstücks für die Zwecke des andern dauernd möglich ist; Windscheid § 209 Z. 4, Dernburg, Pand. I § 240 Anm. 12. Ganz unzulässig ist die Hineintragung des Erfordernisses der Nachbarschaft in das B.G.B.; Motive III 482, Dernburg, B.R. III § 164 Z. 4, Kipp a. a. O. S. 959. — Ebensowenig darf man mit Kohler S. 189 ff. das römische Erfordernis der causa perpetua, das schon im gemeinen Recht überwiegend aufgegeben war (Seuff. XLIII Nr. 7), für das geltende Recht behaupten; Kober zu § 1019 Bem. 1 e, Endemann § 100 Anm. 20, Dernburg § 164 Anm. 3.

[42] Somit entscheidet darüber, ob eine Dienstbarkeit oder eine Reallast vorliegt, der Hauptinhalt. Vgl. für preußische Wald- und Wasserrechte Entsch. d. O.Tr. XLII 196 ff., LXVIII 125, R.Ger. XI Nr. 72, Dernburg, B.R. III § 165 Z. 2.

Digitized by Google

weise mit der servitus oneris ferendi verknüpft war[43], im gemeinen Recht und in den Gesetzbüchern allgemein als möglicher und teilweise als regelmäfsiger Bestandteil einer Dienstbarkeit behandelt[44]. Hieran hält das B.G.B. fest. Die Last der Unterhaltung der erforderlichen Anlage kann kraft besonderer Bestimmung mit jeder Grunddienstbarkeit verknüpft sein und ist kraft gesetzlicher Regel dann mit der Grunddienstbarkeit verknüpft, wenn diese in dem Recht besteht, auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage zu halten. In beiden Fällen wird die Unterhaltungspflicht zwar, soweit sie für sich in Betracht kommt, als Reallast behandelt, ist aber keine besondere Reallast, sondern ein unselbständiger Bestandteil der Grunddienstbarkeit[45].

Die Grunddienstbarkeit kann endlich ihrem Begriffe nach dem Eigentümer des dienenden Grundstücks nur eine Last auferlegen, nicht zugleich einen dinglichen Anspruch gegen den Berechtigten verleihen. Dem Berechtigten wird freilich durch das Gesetz ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben. Auch kann durch den Bestellungsvertrag sein Recht nicht nur beliebig eingeengt, sondern auch bedingt oder befristet und daher im Wege der Bedingung auch von einer Gegenleistung abhängig gemacht werden. Allein immer handelt es sich nur um vorbehaltene Eigentumsbefugnisse, die der Eigentumsanspruch deckt. Dagegen bleibt eine vom Berechtigten übernommene positive Gegenleistungspflicht aufserhalb des Grunddienstbarkeitsverhältnisses und kann daher nur in Form einer selbständigen Reallast verdinglicht werden[46]. Eine

---

[43] L. 33 pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2. Dies wurde als Singularität empfunden. A. M. Kohler S. 197 ff.

[44] Seuff. I Nr. 183, XIV Nr. 117, XVII Nr. 8, XXI Nr. 214, XXXIV Nr. 16, XXXIX Nr. 107. Preufs. L.R. I, 22 § 35 ff. (bei entgeltlicher Bestellung als Regel). Österr. Gb. § 483. Code civ. Art. 698. Zürch. Gb. § 254 (651) und andere schweiz. Gb. b. Huber III 360 ff. Roth § 267 Anm. 16. Kohler S. 202 ff.

[45] B.G.B. § 1021 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2, § 1022. Die Unterhaltungspflicht mufs im Falle der rechtsgeschäftlichen Begründung nach § 1021 aus der Eintragung (oder gemäfs § 874 aus der Eintragungsbewilligung) erhellen, ist aber niemals als Reallast einzutragen; Kretzschmar im Recht, Jahrg. 1902 S. 574 ff., Kober Bem. 2 b; teilweise abweichend Biermann Bem. b, Planck Bem. 3. Umgekehrt mufs im Falle des § 1022 eine von der gesetzlichen Regel abweichende Bestimmung der Unterhaltungspflicht aus der Eintragung erhellen. Den landesgesetzlichen Vorbehalten für Reallasten sind diese unselbständigen Reallasten entzogen; E.G. Art. 116.

[46] Vgl. Fuchs zu § 1018 Bem. 4 a; Biermann zu § 1019 Bem. 4; anders Kohler S. 231, Kober zu § 1018 S. 291.

Digitized by Google

Ausnahme gilt jedoch im Falle der Übernahme der Pflicht, eine zur Ausübung der Dienstbarkeit gehörige Anlage auf dem belasteten Grundstücke im Interesse eines an ihr dem Eigentümer dieses Grundstücks zustehenden Mitbenutzungsrechtes zu unterhalten. Denn eine derartige Unterhaltungspflicht gilt, obschon sie im übrigen als Reallast behandelt wird, als Bestandteil des Grunddienstbarkeitsverhältnisses [47].

IV. Verhältnis zum Eigentum. Der Berechtigte kann die Grunddienstbarkeit nur nach Mafsgabe ihres konkreten Inhalts und Zwecks, auch innerhalb dieser Schranken aber nur zum Vorteil des herrschenden Grundstücks und bis zum Mafse des Grundstücksbedürfnisses ausüben [48]. Soweit jedoch sein Recht reicht, geht es dem Eigentum vor. Der Eigentümer hat daher zwar an sich das Mitbenutzungsrecht, kann es aber nur insoweit ausüben, als die Dienstbarkeit dafür Raum läfst [49]. Doch wird bei ungemessenen Dienstbarkeiten vielfach durch das bisherige Recht, das als Landesrecht auch für neubegründete Dienstbarkeiten fortgelten kann, das Mitbenutzungsrecht des Eigentümers durch gleichzeitige Berücksichtigung des Bedürfnisses beider Grundstücke und eine erforderlichenfalls eintretende verhältnismäfsige Teilung geschützt [50].

Kraft allgemeiner gesetzlicher Regel hat der Berechtigte die Grunddienstbarkeit schonlich auszuüben. Er hat bei der Aus-

---

[47] B.G.B. § 1021 Abs. 1 S. 2. Sie ist daher auf dem Blatt des herrschenden Grundstücks nicht einzutragen; Fuchs zu § 1021 Bem. 3, Kretzschmar u. Kober a. a. O.; a. M. Biermann a. a. O., Dernburg § 165 Anm. 6. Auch E.G. Art. 116 (oben Anm. 45) bezieht sich mit auf sie.

[48] So auch nach bisherigem Recht; R.Ger. I Nr. 121. Aber nur mangels anderer Bestimmung, die für ältere Grunddienstbarkeiten gemäfs E.G. Art. 184 in Kraft bleibt. Nach dem neuen Recht bedeutet auch eine feste Mafsbestimmung notwendig nur eine oberste Grenze. Bei ungemessenen Dienstbarkeiten entscheidet allein das jeweilige Grundstücksbedürfnis, mit dessen Wachsen oder Schwinden daher die Last sich mehrt oder mindert. Doch tritt bei einer durch veränderte Zweckbestimmung des herrschenden Grundstücks verursachten erheblichen Bedürfnissteigerung eine Mehrbelastung dann nicht ein, wenn die Begründung der Dienstbarkeit hierauf nicht abzielte; Seuff. XLII Nr. 286, LII Nr. 75, LV Nr. 68; Dernburg, B.R. § 167 I, Biermann zu § 1019 Bem. 2, Kober Bem. 3.

[49] Möglicherweise also überhaupt nicht; Dernburg § 166 I 1, Cosack § 218 III 3 a, R.Ger. b. Seuff. XLV Nr. 169.

[50] So namentlich nach preufs. R.; Dernburg, Preufs. P.R. I § 293 Anm. 2, Cosack a. a. O. Ebenso nach der älteren gemeinrechtlichen Lehre, die Dernburg, Pand. I § 237, B.R. § 167 I, festhalten will; a. M. Windscheid § 209 Anm. 13.

Digitized by Google

übung, soweit dies mit seinem eignen Interesse verträglich ist, auf das Interesse des Eigentümers gebührende Rücksicht zu nehmen[51]. Eine Anlage, die er zur Ausübung auf dem belasteten Grundstücke hält, hat er insoweit, als das Interesse des Eigentümers es erfordert, in ordnungsmäfsigem Zustande zu erhalten[52]. Endlich mufs er, wenn die Ausübung der Dienstbarkeit tatsächlich oder rechtlich auf einen Grundstücksteil beschränkt und an dieser Stelle für den Eigentümer besonders beschwerlich ist, sich die Verlegung auf eine gleich geeignete Stelle gefallen lassen; dem Eigentümer steht ein unverzichtbares Recht zu, eine solche Verlegung, jedoch auf eigne Kosten, zu verlangen[53].

V. Verhältnis zu anderen dinglichen Rechten. Über das Verhältnis der Grunddienstbarkeit zu anderen Rechten am Grundstücke entscheidet ihr Rang[54]. Dies gilt auch, wenn sie mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder einem sonstigen Nutzungsrechte am Grundstücke dergestalt zusammentrifft, dafs die Rechte nicht oder nicht vollständig nebeneinander ausgeübt werden können. Bei gleichem Range aber kann jeder der Berechtigten eine dem Interesse Aller nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen[55].

---

[51] B.G.B. § 1020 S. 1. Das Landesrecht kann die Grenzen näher bestimmen, wie dies namentlich bei Weide- und Waldrechten vorkommt.

[52] B.G.B. § 1020 S. 2. So auch bisher mangels anderer Festsetzung oder besonderer Gesetzesbestimmung; Roth § 277 Anm. 19, Preufs. L.R. I, 22 § 32 ff., Code civ. Art. 698, Sächs. Gb. § 525. — Es handelt sich nicht, wie in dem Falle des § 1021 Abs. 1 S. 2 (oben Anm. 47), um ein besonderes Recht des Eigentümers mit dem Inhalte einer Reallast, sondern um die mit dem Eigentumsanspruch verfolgbare Freiheit des Eigentums gegenüber unzulässiger Störung.

[53] B.G.B. § 1023. Ähnlich schon Code civ. Art 701, zum Teil auch Preufs. L.R. I, 22 § 29, 80—81. Vgl. Kohler S. 232 ff., Kipp S. 960 ff. — Das Verlegungsrecht ist ein der rechtsgeschäftlichen Verfügung entzogener Teil des Eigentumsinhaltes. Die Geltendmachung erfolgt mit dem Eigentumsanspruch. Die Verlegung ist nur Regelung der schonlichen Ausübung, daher nicht eintragungsbedürftig; Fuchs Bem. 2, Turnau-Förster Bem. 1, Dernburg § 166 I 2 c; a. M. Biermann Bem. 1, Planck Bem. 4. — Eine ganz andere Natur hat die Verlegung auf ein anderes Grundstück. Sie ist Aufhebung der bisherigen und Begründung einer neuen Dienstbarkeit, daher auch eintragungsbedürftig. Nach dem B.G.B. ist sie nicht erzwingbar; R.Ger. L 32; a. M. Kohler S. 235. Wohl aber möglicherweise nach Landesrecht, wie nach Preufs. L.R. I, 22 § 81 bei Weidegerechtigkeiten.

[54] Reallasten und Grundpfandrechten gegenüber wird der Rang nur bei der Zwangsvollstreckung wirksam.

[55] B.G.B. § 1024. Die Regelung (z. B. durch Teilung, Wechsel, Mafsbestimmung) ist nur Feststellung der vorhandenen Schranken, das sie aus-

Digitized by Google

VI. Veränderung. Eine Änderung des Inhaltes der Grunddienstbarkeit kann nur in gleicher Weise, wie ihre Begründung, erfolgen[56].

Die Grunddienstbarkeit ist untrennbar vom herrschenden und vom dienenden Grundstücke. Die Berechtigung ist nur mit dem herrschenden Grundstücke übertragbar[57], die Belastung geht nur mit dem dienenden Grundstücke über[58].

Die Grunddienstbarkeit ist ferner unteilbar. Wird das herrschende Grundstück geteilt, so besteht die Grunddienstbarkeit ungeteilt zugunsten sämtlicher Teile fort, kann jedoch im Zweifel nur so ausgeübt werden, daſs sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird[59]. Gereicht indes die Grunddienstbarkeit nur einem der Teile zum Vorteil, so bleibt sie nur für ihn bestehen und erlischt für die übrigen Teile[60]. Wird das belastete Grundstück geteilt, so bleiben sämtliche Teile belastet; doch werden, falls die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf einen Grundstücksteil beschränkt ist, die Teile frei, die auſserhalb des Bereiches der Ausübung liegen[61].

---

sprechende Urteil deklaratorisch. Eine Eintragung findet nicht statt; Fuchs Bem. 2 a, Turnau-Förster Bem. 2, Kober Bem. 3; a. M. Planck Bem. 3, Biermann Bem. 2.

[56] B.G.B. § 878. Keine Änderung des Inhalts liegt in der Erweiterung oder Verengung des Umfanges der Ausübung durch Änderung des Bedürfnisses (oben Anm. 46) und in der Regelung der Ausübung (oben Anm. 51, 53, 55).

[57] Auch die Ausübung ist nicht für sich, wohl aber zusammen mit der Ausübung der Eigentumsnutzung (z. B. auf den Nieſsbraucher, Pächter, Mieter) übertragbar. — Übertragung auf ein anderes herrschendes Grundstück ist Aufhebung und Neubegründung.

[58] Übertragung auf ein anderes dienendes Grundstück ist Aufhebung und Neubegründung; oben Anm. 53.

[59] B.G.B. § 1025 S. 1. Regelung nach § 1024. — Ebenso nach bisherigem Recht; Dernburg, Pand. I § 241, Seuff. L Nr. 7, Preuſs. Praxis b. Dernburg, B.R. § 167 Anm. 5 u. 8. — Bei der Vereinigung des herrschenden Grundstücks mit einem anderen Grundstück besteht die Grunddienstbarkeit fort, kann aber nur zugunsten des Grundstücksteils, den das bisherige Grundstück bildet, ausgeübt werden; R.Ger. XXVII 164 ff., Dernburg a. a. O. Anm. 4.

[60] B.G.B. § 1025 S. 2. Ebenso nach bisherigem Recht; Seuff. LII Nr. 76, Dernburg a. a. O. Anm. 6.

[61] B.G.B. § 1026. Dies ist eigentlich selbstverständlich, wurde aber in der preuſsischen Grundbuchpraxis nicht beachtet. — Das Erlöschen tritt von selbst ein; die Abschreibung ohne die Last bedarf daher nicht der Zustimmung des Berechtigten; Jahrb. des K.Ger. XXIV S. A 118.

Digitized by Google

VII. Schutz. Die Grunddienstbarkeit geniefst Rechtsschutz und Besitzschutz.

1. Der Berechtigte kann mit dinglicher Klage sein Recht am Grundstücke sowohl gegen den Eigentümer wie gegen jeden Dritten geltend machen. Das bisherige Recht gewährte ihm zu diesem Behufe eine aus der römischen „actio confessoria" entwickelte einheitliche Klage. Nach dem neuen Recht ist er behufs Durchsetzung der Anerkennung seines Rechts auf den Feststellungsanspruch verwiesen, dagegen behufs Erzielung der Beseitigung und künftigen Unterlassung von Beeinträchtigungen seines Rechts mit einem dem Eigentumsfreiheitsanspruche analogen Anspruche gegen den Störer ausgestattet[62]. Hierbei wird die Regel, dafs gegenüber dem Grundbuch keine Verjährung eintritt, durch eine Ausnahmebestimmung durchbrochen, die den Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung durch eine auf dem dienenden Grundstück errichtete Anlage ohne Rücksicht auf den Grundbucheintrag und den öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Verjährung unterwirft[63].

2. Der Besitzschutz der Grunddienstbarkeiten richtete sich im bisherigen Recht nach den allgemeinen Grundsätzen über den Schutz des Rechtsbesitzes. Auch das B.G.B. kennt hier neben dem Sachbesitzschutz, der insoweit eintritt, als Besitz an einer Anlage auf dem dienenden Grundstück in Frage steht, einen besonderen Rechtsbesitzschutz. Er setzt Eintragung der Grunddienstbarkeit und mindestens einmalige Ausübung derselben innerhalb eines Jahres vor der Störung voraus, kommt jedem in der Rechtsausübung gestörten Besitzer (Eigen- oder Lehnbesitzer) des laut Eintragung herrschenden Grundstückes zugute und begründet in gleicher Weise, wie der Sachbesitzschutz, Selbsthülferecht und Anspruch auf Gerichtshülfe[64]. Der Besitzschutz bestehender Grunddienstbarkeiten richtet sich bis zur Anlegung des Grundbuchs nach

---

[62] B.G.B. § 1027; C.Pr.O. § 256. Über das Klagerecht anderer an Bestand und Ungestörtheit der Dienstbarkeit rechtlich interessierter Personen vgl. Dernburg, B.R. III § 174, Kipp S. 987. — Schadenersatzansprüche aus verschuldeter Störung müssen besonders begründet werden.

[63] B.G.B. § 1028 Abs. 1 S. 1. So z. B., wenn ein Wegerecht durch Verbauung oder Verzäunung unausübbar gemacht oder ein einem Aussichtsrecht widerstreitender Bau errichtet ist. Dazu unten Anm. 72.

[64] B.G.B. § 1029. Näheres b. Dernburg § 175, Kipp S. 747 ff., Planck, Biermann, Kober zu § 1029.

Digitized by Google

bisherigem Recht[65]. Dagegen genießen von der Anlegung des Grundbuchs an auch nicht eingetragene Grunddienstbarkeiten, so lange sie nicht eintragungsbedürftig sind, den Besitzschutz des neuen Rechts, jedoch, falls nicht mit der Dienstbarkeit das Halten einer dauernden Anlage auf dem belasteten Grundstück verbunden ist, nur dann, wenn die Rechtsausübung in jedem der drei letzten Jahre vor der Störung mindestens einmal stattgefunden hat[66].

VIII. Beendigung. Für die Beendigung der Grunddienstbarkeiten kommt neben dem Reichsrecht in sehr umfassendem Maße Landesrecht in Betracht, da nicht nur besondere landesrechtliche Beendigungsgründe anerkannt sind, sondern für die Beendigung nicht eingetragener Grunddienstbarkeiten älterer Herkunft oder an buchungsfreien Grundstücken überhaupt das bisherige Recht oder das an dessen Stelle getretene Landesrecht gilt[67].

Die rechtsgeschäftliche Aufhebung fordert dingliche Verzichtserklärung und Löschung im Grundbuche, bei nicht eingetragenen Grunddienstbarkeiten aber lediglich Verzicht[68].

Jede Grunddienstbarkeit erlischt durch Untergang eines der beteiligten Grundstücke[69] und durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder Frist[70], die nicht eingetragene Grunddienst-

---

[65] E.G. Art. 191 Abs. 1. Vielfach jedoch soll das neue Recht auch vor Anlegung des Grundbuchs Platz greifen; Preuß. A.G. Art. 28, Hess. Art. 140, Meckl. § 185 (183), Weim. § 129, Rudolst. Art. 82, Wald. Art. 15, Elsaß-Lothr. § 86; Bayr. Überg.G. Art. 45, Liegenschaftsges. f. d. Pfalz Art. 22.

[66] E.G. Art. 191 Abs. 2; dazu Niedner Bem. 2—4.

[67] E.G. Art. 189 Abs. 3, Art. 128.

[68] Der Verzicht ist nach bisherigem Recht formfrei und kann auch stillschweigend, insbesondere durch Zustimmung zu einer widerstreitenden Anlage, nach Preuß. L.R. I, 22 § 43—45 schon durch deren wissentliche Duldung, erfolgen; Dernburg, B.R. III § 172 Anm. 1—3. Viele A.G. aber schreiben eine Form vor. So bei buchungsfreien Grundstücken Erklärung in öffentlich beglaubigter Form, Bayr. A.G. Art. 84, Württ. Art. 212, Hess. Art. 143, Meckl. § 122 (120), Oldenb. § 13 (Birkenf. § 41, Lüb. § 13), Braunschw. § 51, Anh. Art. 48, Lipp. § 31, Reuß j. L. § 74, Lüb. § 41, Hamb. § 43. Gleicher Form bedarf nach Bayr. Überg.G. Art. 12 und Hess. A.G. Art. 143 die Aufhebung einer nicht eingetragenen älteren Dienstbarkeit. Andere Gesetze verlangen hier Erklärung vor dem Grundbuchamt oder schriftliche Erklärung gegenüber dem Eigentümer; Weim. A.G. § 130, Meining. Art. 17 § 17, Reuß j. L. § 89, Sondersh. Art. 36, Rudolst. Art. 83.

[69] Bei bloßem Wegfall der Ausübungsmöglichkeit ruht sie nur; R.Ger. XXVI Nr. 28, XXVII Nr. 40, Sächs. Gb. § 595.

[70] Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XLVIII Nr. 2; Sächs. Gb. § 593.

Digitized by Google

barkeit gemäfs dem bisherigen Recht auch durch **Vereinigung** mit dem Eigentum[71].

Eine **Versitzung** der Grunddienstbarkeit ist im Herrschaftsbereiche des B.G.B. regelmäfsig nur als Buchversitzung gemäfs dem Grundbuche möglich; ausnahmsweise aber tritt sie insoweit, als der Anspruch auf Beseitigung einer störenden Anlage verjährt ist, auch gegen das Grundbuch ein[72]. Dagegen bleiben im Herrschaftsbereiche des Landesrechts für nicht eingetragene Dienstbarkeiten die gemeinrechtlichen Regeln über Erlöschen durch Nichtausübung oder durch Ersitzung entgegenstehender Eigentumsfreiheit in zehn oder zwanzig Jahren oder die partikularrechtlichen Vorschriften über Erlöschen durch dreifsigjährige Verjährung in Kraft[73], sind jedoch in manchen Ausführungsgesetzen durch neues Landesrecht ersetzt[74].

Nach Landesrecht können ältere nicht eingetragene Grunddienstbarkeiten auch im Wege des **Aufgebotsverfahrens** ausgeschlossen werden[75].

---

[71] So auch Bayr. Überg.G. Art. 14, Hess. A.G. Art. 145, Sondersh. Art. 36. Nach Weim. A.G. § 131, Mein. Art. 17 § 18, Rudolst. Art. 84, Reufs j. L. § 89 gilt dies nur mit denselben Vorbehalten, die das B.G.B. in § 1256 macht. In Kraft bleiben natürlich auch die Ausnahmen des bisherigen Rechts, wie Preufs. L.R. I, 22 § 53—54, Sächs. Gb. § 594.

[72] B.G.B. § 1028 Abs. 1 S. 2 (dazu oben Anm. 63). Nach Abs. 2 ist § 892 unanwendbar. Bleibt also die erloschene Servitut eingetragen, so tritt sie auch für den auf die Eintragung vertrauenden Erwerber des herrschenden Grundstücks nicht wieder in Kraft. Gilt dies aber auch nach etwaiger Wiederbeseitigung der Gegenanlage? Schwerlich! Denn dann ist das Verhältnis körperlicher Evidenz, das die Durchbrechung der Buchpublizität rechtfertigt, weggefallen.

[73] Vgl. Windscheid § 216; Roth § 269 VII; Preufs. L.R. I, 22 § 50; Code civ. Art. 706; Österr. Gb. § 1488; Sächs. Gb. 596—599. — Nach älterem deut. R. schützte die nach Jahr und Tag eintretende rechte Gewere den Eigentümer gegen eine nicht eingetragene und nicht offensichtliche Servitut, die inzwischen nicht geltend gemacht war; dies erhielt sich in den Hansestädten; Stobbe Anm. 39, v. Duhn a. a. O. S. 33 ff., revid. Lüb. R. I, 8 Art. 2, Seuff. XXXVI Nr. 184.

[74] Nach Bayr. A.G. Art. 84 u. Überg.G. Art. 13, Hess. A.G. Art. 141, Meckl. § 122 (120), Anh. Art. 48 Erlöschen durch Nichtgebrauch in 10 Jahren, nach Weim. § 132, Reufs j. L. § 89, Sondersh. Art. 36, Rudolst. Art. 85 Verjährung in 30 Jahren. Bei unständigen Dienstbarkeiten läuft nach bayr. u. hess. R. die Frist nicht ab, bevor die zweite Gelegenheit zur Ausübung versäumt und seitdem 1 Jahr verstrichen ist; nach den thür. Ges. mit 30jähriger Frist nicht, bevor zwei weitere Gelegenheiten versäumt sind.

[75] Bayr. Überg.G. Art. 15—18, Hess. A.G. Art. 146—148; für Grunddienstbarkeiten, die nicht mit dem Halten einer dauernden Anlage verbunden sind, Lüb. A.G. § 91—99, Hamb. § 45—46.

Digitized by Google

Gleich anderen Rechten an Grundstücken erlöschen Grunddienstbarkeiten durch den Zuschlag des belasteten Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren, falls nicht sie ins geringste Gebot aufgenommen sind oder ihr Fortbestehen vereinbart wird. Nicht eintragungsbedürftige Grunddienstbarkeiten aber bleiben von der Zwangsversteigerung unberührt[76].

Grunddienstbarkeiten können endlich im Wege der Enteignung aufgehoben werden. Eine besondere Form der agrarrechtlichen Enteignung ist die im Interesse der Landeskultur bei vielen Arten von Grunddienstbarkeiten auf Antrag eines der Beteiligten erfolgende Ablösung gegen Entschädigung. Die Beendigung tritt hier nach Mafsgabe der Landesgesetze mit dem endgültigen Ausspruch der Auseinandersetzungsbehörde ein[77].

§ 145. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

I. Überhaupt. Jede Belastung, die als Grunddienstbarkeit möglich ist, kann auch als beschränkte persönliche Dienstbarkeit begründet werden. Dies ist jedoch nach dem B.G.B. nur in der Weise zulässig, dafs das Recht untrennbar mit einer bestimmten Persönlichkeit verknüpft wird. Der Umfang der Belastung bestimmt sich hier im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnis des Berechtigten, kann aber nicht nur enger, sondern auch weiter bemessen sein und bis an die Grenze des Niefsbrauches gehen. Das Recht ist notwendig unübertragbar und unvererblich, erlischt daher mit dem Wegfall des Berechtigten. Im Zweifel ist der Berechtigte nicht einmal befugt, die Ausübung einem Anderen zu überlassen; doch kann das Gegenteil bestimmt sein. Im übrigen sind auf beschränkte persönliche Dienstbarkeiten die für Grunddienstbarkeiten geltenden Vorschriften insoweit anwendbar, als

---

[76] Preufs. A.G. z. Zw.V.G. Art. 6, Bayr. Art. 7, Hess. Art. 5, Bad. § 5, Meckl. § 2, Oldenb. § 18, Anh. Art. 5, Mein. Art. 8, Lipp. § 2, Schaumb. § 3; mit Einschränkungen Hamb. § 3.

[77] Vgl. E.G. Art. 113. Die Ablösung erfolgt nicht nur selbständig, sondern namentlich auch innerhalb eines Gemeinheitsteilungs- oder Verkoppelungsverfahrens; in Preufsen erlöschen, wenn das dienende Grundstück einer Gemeinheitsteilung unterliegt, überhaupt alle im Teilungsrezefs nicht besonders vorbehaltenen Grundgerechtigkeiten. Die Entschädigung wird in Land, aushülfsweise in Rente gewährt. Der Ablösung sind vor allem Weide- und Waldgerechtigkeiten unterworfen, wovon unten noch zu handeln ist. Aber auch Rechte an Privatgewässern, insbesondere Fischereirechte, ferner Rechte auf Torfnutzung usw. Einschlägige Gesetze oben Bd. I 595 Anm. 22—23.

Digitized by Google

nicht der Mangel eines herrschenden Grundstückes ihre Anwendung ausschliefst[1].

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann zugunsten einer Mehrheit von Personen bestellt werden. Auf diesem Wege läfst sich eine Berechtigung zu gesamter Hand begründen, die erst mit dem Tode des letztlebenden Berechtigten erlischt[2].

Wichtig ist, dafs das Subjekt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auch eine juristische Person sein kann. Hiermit ist einerseits die Möglichkeit gegeben, einer derartigen Berechtigung einen dauernden Bestand zu sichern, da das Recht der juristischen Person erst mit ihrem Untergange erlischt. Andererseits ist damit ein Mittel geboten, eine Berechtigung zugunsten eines wechselnden Personenkreises zu schaffen, da die Überlassung der Ausübung an beliebige andere Personen gestattet werden kann. Demgemäfs bleibt auch die Neubegründung von sogenannten Gemeindeservituten, wie das deutsche Recht sie in grofser Zahl hervorgebracht hat, in der Weise möglich, dafs die Ausübung eines der Gemeinde zustehenden Nutzungsrechts den Gemeindeangehörigen zugewiesen oder auch Jedermann freigestellt wird[3]. Die Befugnis zur Ausübung kann durch Gemeinde- oder Körperschaftssatzung näher geregelt, sie kann als reines Mitgliedschaftsrecht oder als mitgliedschaftliches Sonderrecht ausgestaltet werden. Auf diese Weise läfst sich auch künftig eine genossenschaftliche Gesamtberechtigung an einem Grundstücke herstellen. Doch erlangen die einzelnen Mitglieder niemals ein unmittelbares Recht gegen den

[1] B.G.B. § 1090—1092. Anwendbar sind auch die Vorbehalte für das Landesrecht in E.G. Art. 113—114 (Ablösung), 115 (Untersagung gewisser Dienstbarkeiten und Regelung von Inhalt und Mafs) und 128 (bei buchungsfreien Grundstücken). Dagegen erstreckt sich die durch E.G. Art. 187 gewährte Befreiung vom Eintragungszwange nicht auf bestehende persönliche Dienstbarkeiten. — Näheres in den Komm., sowie b. Endemann § 107, Cosack § 219, Dernburg § 197.

[2] So z. B. ein Wegerecht oder Wohnungsrecht für ein Ehepaar, für Geschwister oder andere Hausgenossen. — Eine Handelsgesellschaft, die unter ihrer Firma rechtsfähig ist, kann auch als Subjekt einer persönlichen Dienstbarkeit, die dann mit ihrer Auflösung und erst mit dieser erlischt, eingetragen werden.

[3] So z. B. bei einem Wegerecht (Kirch- oder Schulweg), Weiderecht (für die Viehbesitzer), Wasserleitungsrecht (für alle Haushaltungen), Recht auf Raff- und Leseholz (für die ärmeren Ortsbürger) usw.; so aber auch bei dem Recht auf Offenhaltung eines Parkes als Brunnenpromenade oder als Erholungsstätte für das Publikum. Vgl. R.Ger. b. Seuff. LIX Nr. 6.

Digitized by Google

Eigentümer und gegen Dritte, sondern immer nur einen Anspruch gegen die Verbandsperson, die ihrerseits nach aufsen hin ausschliefslich zur Verfügung und Prozefsführung über das ganze Recht legitimiert bleibt[4]. Nur den Besitzschutz wird man, wenn die juristische Person als berechtigt eingetragen ist, auch dem einzelnen in der Ausübung gestörten Mitgliede nicht versagen dürfen.

II. Wohnungsrecht. Als eine besondere Art von beschränkter persönlicher Dienstbarkeit erscheint das Recht, ein Gebäude oder einen Gebäudeteil unter Ausschlufs des Eigentümers als Wohnung zu benutzen. Das Wohnungsrecht enthält die Befugnis, auch die eigene Familie und die zur standesgemäfsen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen und bei Beschränkung auf einen Gebäudeteil die für den gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen (Treppe, Flur. Bodenraum, Keller, Hof) mitzubenutzen. Da das Wohnungsrecht stets einen Anspruch auf Sachbesitz gibt, finden neben den Vorschriften über beschränkte persönliche Dienstbarkeiten zahlreiche Vorschriften über den Niefsbrauch Anwendung[5].

Eine besondere Stellung nimmt das bei einer Gutsüberlassung durch Altenteilsvertrag eingeräumte Wohnungsrecht ein. Es bildet einen Bestandteil des einheitlichen Altenteilsrechtes, das aufserdem noch andere Nutzungsrechte an Grundstücksteilen enthalten kann, in der Hauptsache aber auf wiederkehrende Leistungen gerichtet ist. Der Altenteilsvertrag erzeugt unter der Herrschaft des B.G.B. nicht mehr, wie bisher, unmittelbar ein dingliches Recht. sondern nur ein Schuldverhältnis, das auf Grund reichsrechtlicher Ermächtigung durch eingehende Bestimmungen in den Ausführungsgesetzen subsidiär geregelt ist[6]. Allein der Erwerber ist zur Be-

[4] Bestehende dingliche Gesamtgerechtigkeiten behalten ihre bisherige rechtliche Natur; vgl. oben Bd. I 541 Anm. 37, 547 ff. — Die Gerichte neigen freilich dazu, auch bei ihnen die Prozefslegitimation der einzelnen Mitglieder zurückzudrängen; R.Ger. b. Seuff. LV Nr. 63, schärfer noch ib. LIX Nr. 71.

[5] B.G.B. § 1093; Dernburg § 198. Niefsbrauchsrecht gilt namentlich hinsichtlich der Erstreckung auf das Zubehör, der beiderseitigen Rechte und Pflichten hinsichtlich der Erhaltung der Sache, der Ansprüche wegen Verwendungen und der sonstigen Ersatzansprüche, des Sachbesitzschutzes. — Über den Unterschied von einem dinglichen Mietsrecht vgl. K.Ger. Jahrb. XXIV S. A 121, R.Ger. LIV Nr. 64 (doch ist die Vereinbarung eines Entgelts auch hier zulässig).

[6] E.G. Art. 96. Preufs. A.G. z. B.G.B. Art. 15, Bayr. Art. 32—48, Sächs. § 31 (mit Verweisung auf Sächs. Gb. § 1161—1172), Bad. Art. 9, Hess.

Digitized by Google

stellung eines entsprechenden dinglichen Rechts mit dem Range unmittelbar hinter den zur Zeit der Überlassung bestehenden Belastungen verpflichtet[7]. Das dingliche Altenteilsrecht kann als einheitliches Recht eingetragen werden (Grdb.O. § 50) und hat im ganzen die Natur einer Reallast. Im einzelnen aber setzt es sich aus Reallasten und persönlichen Dienstbarkeiten zusammen. Soweit es persönliche Dienstbarkeiten und insbesondere ein Wohnungsrecht enthält, finden zwar die allgemeinen Vorschriften über derartige Rechte Anwendung, gelten aber insoweit abweichende Regeln, als sich aus den gesetzlichen Bestimmungen über das zugrunde liegende Schuldverhältnis und aus der Zugehörigkeit zu dem einheitlichen Altenteilsrecht Besonderheiten ergeben[8].

§ 146. Einzelne Arten von Dienstbarkeiten an Grundstücken.

I. Wegerechte. Das Recht, eine Bodenstrecke als Weg zu benutzen, kann auf sehr verschiedener Rechtsgrundlage ruhen.

1. Öffentliche Wege[1]. Die Benutzung öffentlicher Wege, mögen sie im Eigentum des Staats, einer anderen öffentlichen Verbandsperson oder einer Privatperson stehen, erfolgt auf Grund der vom öffentlichen Recht gewährten gemeinen oder besonderen

---

Art. 37—66, Weim. § 35—54, Altenb. § 38—47, Kob.-Goth. Art. 14, Mein. Art. 11' Anh. Art. 38, Lipp. § 22—23, Reuſs ä. L. § 33—49, Reuſs j. L. § 30—45, Rudolst. Art. 32—43, Waldeck Art. 12, Lüb. § 27—43.

[7] Dies bestimmen sämtliche in Anm. 6 angeführten Gesetze. Sie geben in erster Linie einen Anspruch auf eine Reallast, daneben je nach dem Inhalt des Vertrages einen Anspruch auf eine persönliche Dienstbarkeit oder speziell auf ein Wohnungsrecht. Vgl. ferner Meckl. A.V. § 377, 390 Abs. 2 (Strel. § 336, 347 Abs. 2), Braunschw. A.G. z. Grdb.O. § 17, Brem. A.G. z. B.G.B. § 27 u. 41.

[8] Hess. A.G. Art. 65. Für das Wohnungsrecht sind vielfach besondere Bestimmungen getroffen, vgl. z. B. Preuſs. A.G. Art. 15 § 5—6, Bayr. Art. 36—38. Aus der Einheitlichkeit des Altenteilsrechts folgt, daſs im Falle des Unterganges der Wohnung der Belastete eine andere Wohnung zu beschaffen hat. — Alle als Altenteil eingetragenen Rechte bleiben, auch wenn sie nicht ins geringste Gebot aufgenommen sind, von der Zwangsvollstreckung unberührt; Sächs. A.G. z. B.G.B. § 32, Preuſs. A.G. z. Zw.V.G. Art. 6, Bad. § 5, Braunschw. § 3, Oldenb. § 5, Anh. Art. 5, Mein. Art. 8, Lipp. § 2, Schaumb. § 3, Reuſs j. L. § 8. Jedoch mit Vorbehalt der Vorschrift des E.G. z. Zw.V.G. § 9 Abs. 2. — Näheres über das Altenteilsrecht im Recht der Bauergüter.

[1] Oben § 102; E. Löning, V.R. § 141 ff.; G. Meyer, V.R. I § 160 ff.; Dernburg, B.R. III § 141; Oertmann, Bayr. Landesprivatr. § 93.

Digitized by Google

Gebrauchsrechte. Hierbei handelt es sich überhaupt nicht um private Sachenrechte und somit auch nicht um irgendwelche Dienstbarkeiten[2].

Als öffentliche Wege erscheinen zunächst die Land- und Heerstrafsen, die schon im Mittelalter als „Königsstrafsen" dem allgemeinen Verkehr gewidmet waren[3]. Bis in die neuere Zeit hinein wurden sie als Gegenstand eines besonderen Strafsen- oder Wegeregals betrachtet[4]. Heute dagegen erschöpft sich das an ihnen dem Staate als solchem zustehende Recht in seiner Wegehoheit.

Zu den öffentlichen Wegen gehören heute auch die dem öffentlichen Verkehr innerhalb einer Ortschaft oder zwischen benachbarten Ortschaften dienenden Gemeindewege, die im älteren deutschen Recht einen Bestandteil der Allmende bildeten und daher von den Gemeindegenossen kraft ihres Anteils am genossenschaftlichen Gesamteigentum benutzt wurden[5].

Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wegen werden durch das öffentliche Recht geordnet. Durch öffentlichrechtlichen Akt des Staates oder der Gemeinde wird die Eigenschaft einer Bodenstrecke als öffentlicher Weg begründet und beendigt[6]. Das öffentliche Recht bestimmt über die Wegelast für Anlage und Unterhaltung der öffentlichen Wege[7]. Kraft öffentlichen Rechts haben Staat und Gemeinde mit den Mitteln der Wegepolizei den

---

[2] Gegen die Auffassung des Rechtes auf Gemeingebrauch als Servitut vgl. oben § 102 S. 25 Anm. 22—23; gegen die angebliche Servitut der Anlieger ebenda S. 28 Anm. 36. — Auch von einer „öffentlichen Grunddienstbarkeit", wie sie Sarwey S. 377, O. Mayer, V.R. II 165 ff., u. Rosenfeld, Gemeingebrauch S. 12, im Falle der Widmung eines im Eigentum einer Privatperson stehenden Weges für den Gemeingebrauch annehmen, darf man nicht sprechen.

[3] Waitz, V.G. VIII 316; Schröder, R.G. S. 209, 397, 535, 592. — Sachsensp. II Art. 59 § 3; Ruprecht v. Freis. I c. 146. — Preufs. A. L.R. II 15 § 1 ff.

[4] Die Const. de Regal. zählt die „viae publicae" zu den Regalien. Das Strafsenregal begegnet noch b. Klüber, Öff. R. des teut. Bundes § 408, Eichhorn, D. P.R. § 272, Phillips § 91, Maurenbrecher § 179, 298.

[5] Gierke, Gen.R. II 234.

[6] Die Entscheidung, ob ein Weg ein öffentlicher ist, erfolgt im Verwaltungsstreitverfahren; Löning § 142 Anm. 1—2, G. Meyer § 162 Anm. 2—3. Ist ein Weg unstreitig Privatweg, so kann er wider Willen des Eigentümers nur im Enteignungsverfahren in einen öffentlichen Weg verwandelt werden; E. Löning S. 570 ff., Preufs. O.V.G. XII 268.

[7] E. Löning § 143—145; G. Meyer § 161.

Digitized by Google

Gemeingebrauch zu regeln, zu sichern und einzuschränken[8]. Im öffentlichen Recht wurzelt insbesondere auch die Befugnis des Staats, die Erhebung von Abgaben (Wege-, Chaussee-, Brückengeldern) für Ausübung des Gemeingebrauchs vorzunehmen oder dem unterhaltungspflichtigen Eigentümer zu gestatten[9].

Soweit aber das öffentliche Recht Raum läfst, kann sich das Privatrecht am Wegekörper entfalten. Dies gilt namentlich auch für die mit dem Gemeingebrauch verträglichen Wegenutzungen, die daher dem Eigentümer des Wegekörpers kraft seines Eigentums gebühren und auch den Gegenstand besonderer aus dem Eigentum abgeleiteter Rechte bilden können[10].

2. Privatwege werden lediglich kraft privater Gebrauchsrechte benutzt. Das Gebrauchsrecht folgt zunächst aus dem Eigentum am Wege und ergab sich früher namentlich auch aus genossenschaftlicher oder herrschaftlicher Eigentumsverteilung[11]. Soweit sich das Nachbarrecht auf den Notweg erstreckt, fliefst aus dem Eigentum auch ein privates Wegerecht am Nachbargrundstücke[12].

Im übrigen dagegen werden Privatrechte auf Benutzung fremder Bodenstrecken als Weg durch Wegedienstbarkeiten begründet[13]. Ein dingliches Wegerecht ist als Grunddienstbarkeit oder als beschränkte persönliche Dienstbarkeit möglich. Steht es einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zu, so kann die Ausübung des Privatrechts den Gegenstand öffentlichrechtlicher Befugnisse bilden[14].

Für Inhalt und Mafs der privaten Wegerechte galten im älteren deutschen Rechte mancherlei besondere Rechtssätze, durch die hinsichtlich der einzelnen Arten von Wegen die erforderliche

---

[8] E. Löning § 146; G. Meyer § 162.

[9] Sie haben die Natur öffentlicher Abgaben (Gebühren); vgl. E. Löning § 146 II, G. Meyer S. 521 ff.

[10] So z. Baum- und Grasertrag, Strafsendung, Entgelt für Benutzung zu besonderen Anlagen. Vgl. Oertmann S. 394 ff.

[11] Solche Wegerechte sind, soweit nicht die Verwandlung in öffentliche Wege stattgefunden hat, vielfach in Dienstbarkeiten übergegangen.

[12] Vgl. oben § 126 II 8 S. 436 ff.

[13] Elvers, Servituten § 42; Bluntschli, D.P.R. § 88; Roth, D.P.R. III § 279; Lang, Sachenr. § 79; Dernburg, B.R. III § 178; Oertmann a. a. O. § 106.

[14] Vgl. oben § 145 S. 657 Anm. 3. Ist eine private Verbandsperson das Subjekt, so können Privatrechte auf Ausübung an die Mitgliedschaft geknüpft sein.

Digitized by Google

Breite und die zulässige Benutzungsweise bestimmt wurden[15]. Die deutschrechtlichen Regeln wurden auch im gemeinen Recht nicht durch die römischrechtlichen Sätze über via, actus und iter verdrängt[16]. Noch enger an das deutsche Recht schlossen sich die Partikularrechte an[17]. Das Landesrecht bleibt für Inhalt und Mafs auch neubestellter Wegedienstbarkeiten mafsgebend. Regelmäfsig enthält danach das Recht des Fahrweges oder der Durchfahrt zugleich das Recht, zu reiten, zu gehen und Vieh gekoppelt zu führen, nicht aber, wie bei den Römern, das Recht der Viehtrift überhaupt, noch auch das Recht, Lasten zu schleifen[18]. In dem Recht der Viehtrift ist die Befugnis, Vieh auch ungekoppelt zu treiben, nicht aber, wie bei den Römern, das Recht, zu fahren und beliebig zu gehen, beschlossen[19]. Das Recht des Fufssteiges gewährt die Befugnis, zu gehen, sich von Menschen tragen zu lassen und Lasten zu tragen, nicht aber, wie bei den Römern, das

[15] Man unterschied Fahrwege („Wagenstrafsen", im Zweifel 16 Fufs breit, dafs ein Wagen dem anderen entweichen möge, Schwabensp. c. 154), Kirchwege, auch Braut- oder Bahrwege genannt (so breit, dafs zwei darauf eine Braut geleiten, vier eine Leiche tragen können, Grimm, W. II 724), Heuwege (Rietberger L.R. § 41), Dungwege, Mühlwege (Platz für einen Esel und einen Mann mit der Rute, Grimm, W. III 847), Reitwege und Fufswege („Gäfschen" b. Grimm, W. II 696). Ferner neben den ständigen Wegen Zelgwege (nur auf Brache und Stoppel), Winterwege (nur bei Schnee und Frost, vgl. Zürch. Gb. § 265, Glarus § 88), Tränkwege (Glarus § 87). Endlich Tretrechte (Grimm, W. I 199) und Triftrechte (Viehtrift, „mit fliegender Geifsel" und „pfleglich" zu üben, Seuff. II Nr. 140).

[16] Vgl. Seuff. IV Nr. 13, V Nr. 5, X Nr. 136, XII Nr. 127, XVII Nr. 213, XVIII Nr. 121, XXIII Nr. 113, XXXI Nr. 206; anders I Nr. 180.

[17] Bayr. L.R. II, 8 c. 11; Preufs. L.R. I, 22 § 63 ff.; Österr. Gb. § 492 ff.; Sächs. Gb. § 548 ff.; — Zürch. Gb. § 262 ff. (712 ff.), Glar. § 85 ff., andere Schweiz. G. b. Huber III 370 ff. — Württ. Ges. v. 26. März 1862. — Neuregelung in den sächs.-thür. A.G. z. B.G.B.; Weim. § 140—145, Kob.-Goth. Art. 28 § 7—12, Altenb. § 82 Z. 8—13, Mein. Art. 17 § 8—13, Rudolst. Art. 93—97. Reufs ä. L. § 100 Z. 8—13, Reufs j. L. § 81—85.

[18] Preufs. L.R. a. a. O. § 66—67, Österr. Gb. § 493, Sächs. Gb. § 549, thüring. A.G. (Weim. § 142 usw.). — Breite nach Preufs. L.R. § 79 im Zweifel 8 Fufs, in der Biegung 16 Fufs, nach Sächs. Gb. § 553 8 Fufs, nach den thür. G. (Weim. § 145) $2^1/_2$ m. — Das Recht der Durchfahrt durch einen Torweg darf nicht durch dessen Verengung oder Erniedrigung beeinträchtigt werden; Preufs. L.R. § 76, Kob.-Goth. A.G. § 9, Mein. § 10.

[19] Preufs. L.R. § 68; thür. A.G. (Weim. § 142 Abs. 1). — Der Berechtigte mufs Beschädigung des Grundstücks durch das Vieh verhüten und angemessene Vorrichtungen zur Schadensverhütung dulden; Preufs. L.R. § 69—75; thür. A.G. (Weim. § 142 Abs. 2). — Breite nach Bayr. L.R. a. a. O. Nr. 3 im Zweifel 8 Fufs, nach Preufs. L.R. § 79 das Doppelte eines Weges.

Digitized by Google

Recht, zu reiten oder mit Karren zu fahren[20]. Besteht ein Wegerecht ohne festen Wegezug, so kann nach neueren Gesetzen jeder Beteiligte eine angemessene Festlegung verlangen[21]. Das Mafs der Ausübung des Wegerechts bestimmt sich nach dem Bedürfnis des herrschenden Grundstücks oder der berechtigten Person[22]. In dem hiermit gegebenen Umfange mufs der Eigentümer die Benutzung des Fahrwegs- und Fufswegsrechts auch durch Andere als den Berechtigten, insbesondere durch Besucher, dulden[23].

II. Weiderechte[24]. Weiderechte (Hutrechte) spielten im deutschen Mittelalter eine gewaltige wirtschaftliche Rolle und bildeten daher den Gegenstand einer sehr ins Einzelne gehenden rechtlichen Ordnung[25]. Fast ausschliefslich aber entsprangen sie der genossenschaftlichen und herrschaftlichen Eigentumsverteilung, während selbständige Weidegerechtigkeiten nur aushülfsweise bestellt wurden. Nach der Aufnahme des römischen Rechts gingen viele ursprünglich anders beschaffene Weiderechte in Servituten über. Im übrigen dagegen übten die spärlichen Vorschriften des römischen Rechts über das jus pascendi nur geringen Einflufs aus. Vielmehr wurden die deutschen Rechtssätze über Weiderechte durch eine umfassende gemeinrechtliche Theorie fortgebildet und bei der

---

[20] Preufs. L.R. § 65, Österr. Gb. § 492, Sächs. Gb. § 492—493, thür. A.G. (Weim. § 140). Daher auch nicht das Recht, zu radeln. — Breite nach Bayr. L.R. Nr. 1 u. Sächs. Gb. § 553 im Zweifel 3 Fufs; ebenso nach Preufs L.R. § 78, jedoch, wenn das Reit- oder Karrenfahrtrecht miteingeräumt ist, 4 Fufs; nach den thür. A.G. (Weim. § 145) 1 m.

[21] Altenb. A.G. § 82 Z. 11, Reufs ä. L. § 100 Z. 11. Vgl. R.Ger. II Nr. 41, Dernburg § 178 III.

[22] Auch bei vermehrtem Bedürfnis, soweit nicht durch Inanspruchnahme für die Zwecke aufserordentlicher neuer Anlagen die Belastung wesentlich erschwert wird; Seuff. XLI Nr. 174, XLII Nr. 286, LII Nr. 75, Weim. A.G. § 144.

[23] Weim. A.G. § 143, Kob.-Goth. § 11, Meining. § 12, Altenburg. Z. 13, Rudolst. Art. 96, Reufs ä. L. Z. 13. Vgl. auch Österr. Gb. § 492.

[24] Hagemann, Landwirtschaftsr. (Hannover 1807) § 290 ff.; Münter, Das Weiderecht, 2. Aufl., Hannover 1810; Seuffert, Abh. (1837) S. 1 ff.; Pfeiffer, Z. f. D. R. XIII 165 ff. — Eichhorn, D.P.R. § 179—180; Mittermaier § 168; Gengler S. 258 ff.; Beseler § 99; Roth § 278; Stobbe-Lehmann II § 133 II A. — Haubold S. 192 ff.; Sachse § 270 ff.; Steinacker § 197; Grefe II § 87; Reyscher II § 298; Lang § 80; Dernburg, B.R. III § 179—180; Oertmann a. a. O. § 109. — Über Waldweiderechte insbesondere Danckelmann, Die Ablösung der Waldgrundgerechtigkeiten (unten Anm. 71) II 360 ff.

[25] Gierke, Gen.R. II 253 ff.

Digitized by Google

Regelung des Weiderechts in Gesetzbüchern und besonderen Weidegesetzen zugrunde gelegt[26]. Doch wurden die Weideberechtigungen auf fremdem Boden, insoweit sie als Kulturhindernis erschienen, in neuerer Zeit mannigfach eingeschränkt und vielfach teils durch die Gemeinheitsteilungen beseitigt, teils einseitiger Ablösung unterworfen[27]. Mitunter wurde sogar ihre Neubegründung untersagt[28]. Soweit dies nicht der Fall ist, kann auch künftig ein Weiderecht sowohl als Grunddienstbarkeit, wie als beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt werden[29]. Für Inhalt und Mafs der Weidedienstbarkeiten bleiben die landesrechtlichen Vorschriften mafsgebend, die gröfstenteils auch auf anders geartete Weiderechte älterer Herkunft anwendbar sind.

---

[26] Preufs. A. L.R. I, 22 § 80 ff.; Kultured. v. 14. Sept. 1811, Gem. Th.O. v. 7. Juni 1821. Bayr. L.R. II, 8 c. 13—14, Weideges. v. 28. Mai 1852. Sächs. G. v. 4. Okt. 1828. Württ. Ges. v. 9. Apr. 1820 u. v. 26. März 1873. Hannov. G. v. 8. Nov. 1856 u. v. 8. Mai 1873. Kurhess. G. v. 31. März 1830 u. v. 25. Okt. 1834. Hessisch. G. v. 7. Mai 1842, dazu A.G. z. B.G.B. Art. 280. Braunschw. G. v. 26. März 1823. Weim. G. v. 3. Apr. 1821 u. 19. Mai 1826, A.G. z. B.G.B. § 146. Sondersh. G. v. 24. Juni 1837 u. v. 16. Nov. 1848. Reufs j. L. G. v. 16. Aug. 1853. Schaumb. G. v. 2. Juni 1819. Waldeck. G. v. 10. Okt. 1845. — Österr. Gb. § 498—502.

[27] Preufs. Gem. Th.O. v. 7. Juni 1821 u. G. v. 2. März 1850; Rhein. Gem. Th.O. v. 19. Mai 1851; G. f. Hohenzollern-Sigm. v. 12. Febr. 1846; f. Kassel v. 13. Mai 1867; f. Wiesbaden v. 5. Apr. 1869; f. Schlesw.-Holst. v. 17. Aug. 1876. Bayr. G. v. 28. Mai 1852. Sächs. G. v. 17. März 1832. Württ. G. v. 26. März 1873. Hess. V. v. 7. Sept. 1814, G. v. 7. Mai 1842, Ablös.Ges. v. 24. Juli 1899. Braunschw. Gem. Th.O. v. 20. Dez. 1834. Oldenb. G. v. 15. Mai 1858 u. 22. Apr. 1864. Weim. G. v. 28. Apr. 1869. Meining. G. v. 5. Mai 1850 nebst G. v. 12. Juni 1865 u. 9. Febr. 1869. Kob. G. v. 25. Jan. 1849. Goth. G. v. 2. Jan. 1832 u. 5. Nov. 1853. Sondersh. G. v. 9. Apr. 1850 u. 2. April 1854. Rudolst. G. v. 7. Jan. 1856. Reufs ä. L. G. v. 30. Mai 1852. Reufs j. L. G. v. 22. März 1838. Lipp. G. v. 17. Jan. 1850. Schaumb. G. v. 13. Mai 1874. Waldeck. G. v. 15. Aug. 1858 u. 25. Jan. 1869. — Österr. Pat. v. 5. Juli 1853. — Zürch. Gb. § 268—269 (718—719), Schaffhaus. § 665—666, Zug § 230, Solothurn § 783, Bündner § 259. — Vgl. K. Seelig, Die Ablösung der Weideberechtigungen auf fremden Grundstücken, Göttingen 1851. Über Ablösung der Weideberechtigungen in Waldungen Danckelmann II 235 ff., 445 ff.

[28] So durch Bayr. G. v. 28. Mai 1852 Art. 34. — Doch wurden auch neue Weidegemeinschaften staatlich befördert; vgl. z. B. Bad. G. v. 17. Apr. 1884 betr. Einführung gemeiner Schafweide (erzwingbar gegen Minderheit).

[29] Als Dienstbarkeit im Sinne des B.G.B. kann auch die dem Obereigentümer bei geteiltem Eigentum oder dem Eigentümer bei Hingabe eines Grundstücks zu vererblichem und veräufserlichem Nutzungsrecht vorbehaltene Weideberechtigung konstruiert werden; oben § 144 S. 641 Anm. 5.

Digitized by Google

1. Rechtsverhältnisse bei Weiderechten überhaupt. Das Weiderecht gewährt lediglich die Befugnis, Vieh zur Weide aufzutreiben[30].

a. Die aufzutreibende Viehgattung kann bestimmt oder unbestimmt sein. Ist sie bestimmt, so ist einseitige Änderung ausgeschlossen[31]. Ist sie unbestimmt, so kann nach gemeinem Recht jederlei Vieh aufgetrieben werden[32], während die Gesetze entweder überhaupt nur Zug-, Rind- und Schafvieh zulassen[33] oder doch gewisse dem belasteten Grundstücke besonders schädliche Viehgattungen ausnehmen[34].

b. Auch die Stückzahl des aufzutreibenden Viehes kann bestimmt oder unbestimmt sein. Ist sie bestimmt, so bleibt das Jungvieh während der Säugezeit aufser Ansatz[35]. Ist sie unbestimmt, so entscheidet bei persönlichen Berechtigungen das häusliche oder gewerbliche Bedürfnis[36], bei Realberechtigungen das Gutsbedürfnis. Letzteres wird im Zweifel nach dem uralten Durchwinterungsfufs bemessen, nach dem so viel Vieh auf die Weide getrieben („gesömmert") werden darf, wie mit dem auf dem Gute gewonnenen Futter nach dessen Durchschnittsertrag durchwintert werden kann[37].

---

[30] Nicht die Befugnis, anderweitig zu nutzen, z. B. zu mähen; Bayr. L.R. II, 8 c. 13 Nr. 2, Preufs. L.R. § 132, Österr. Gb. § 502, Glar. Gb. § 90, Appenzeller G. b. Huber III 372.

[31] Vgl. indes Preufs. L.R. I, 22 § 101—102; Hagemann § 297; Danckelmann II 376.

[32] So auch Bayr. L.R. a. a. O. Nr. 1. Vgl. Danckelmann II 376.

[33] Preufs. L.R. § 99—100; Österr. Gb. § 499; Sächs. Ges. § 11.

[34] Besonders Ziegen in Waldungen, Schweine und Gänse auf Wiesen; Gierke a. a. O. S. 254 Anm. 256, Hagemann § 297, Münter § 69—70 u. 92, Danckelmann II 361 ff.

[35] Preufs. L.R. § 98, Österr. Gb. § 500. Nach manchen Ges. ein Jahr lang; Bayr. L.R. Nr. 2, Sächs. G. § 16.

[36] Preufs. L.R. § 96—97; Bülow u. Hagemann IV Nr. 56; Danckelmann II 386 ff.

[37] Ältere Weist. b. Gierke a. a. O. S. 255, Stobbe-Lehmann Anm. 14; Jülicher Ldr. v. 1537 Art. 51 § 1; Bayr. L.R. a. a. O. Nr. 3, Bayr. Weideges. Art. 14; Preufs. L.R. § 90 (jedoch nach Gem. Th.O. § 166—167 mit § 31 u. 34 nur aushülfsweise, vgl. Dernburg S. 528); Österr. Gb. § 500; Sächs. G. § 17—18; Hagemann § 298, Mittermaier § 168 Anm. 23, Maurer, Markenverf. S. 452, 465, Danckelmann II 377 ff., 381 ff.; Seuff. VI Nr. 14, XX Nr. 108, XXI Nr. 20, XXIV Nr. 15. — Über den Mafsstab der bisherigen Ausübung Danckelmann II 379 ff.

Digitized by Google

c. Im Zweifel darf der Berechtigte nur eignes Vieh auftreiben[38], auch das Weiderecht nicht selbständig verpachten[39].

d. Der Berechtigte hat das Weiderecht schonlich auszuüben. Er darf krankes oder unreines Vieh nicht auftreiben[40]. Er mufs das Vieh unter die Aufsicht eines Hirten stellen[41] oder andere Vorkehrungen zur Schadensverhütung treffen[42]. Er ist, wenn dasselbe Grundstück der Beweidung durch mehrere Vieharten unterliegt, an die hergebrachte oder gesetzliche Zugordnung gebunden[43]. Er darf vor allem das Weiderecht an den einzelnen Arten von Ländereien nur in der offenen, nicht in der geschlossenen Zeit ausüben; offen aber sind nur Ödländereien zu jeder Zeit, dagegen Äcker nur während der Brache (Brachhut) und zwischen Ernte und Bestellung (Stoppelhut), Wiesen nur, bevor sie „ins Heu gehen" („Vorhut", oft bis St. Georgen oder St. Walpurgis) und nach der Heuabfuhr („Nachhut", oft seit Michaelis), Waldungen nur, solange

---

[38] Weist. b. Gierke a. a. O. S. 255 Anm. 261, Stobbe-Lehmann Anm. 17; Pufendorf, Obs. I Nr. 123; Heimbach § 193 Anm. 7; Renaud. Z. f. D. R. IX 33 ff.; Beseler § 99 Anm. 14; Preufs. L.R. I, 22 § 91; Österr. Gb. § 499. Dies gilt an sich auch bei bestimmter Stückzahl; Gierke a. a. O. S. 259 Anm. 281. — Doch wurde frühzeitig in manchen Marken den ärmeren Genossen der Auftrieb von fremdem Vieh gestattet; Gierke a. a. O. S. 257. Und bei bestimmter Stückzahl wurde oft unbedingt die Ausnützung mit fremdem Vieh zugelassen; ebenda S. 259. Unrichtig nehmen Manche für das heutige Recht allgemein die Befugnis zum Auftreiben von fremdem Vieh an; Bülow u. Hagemann IV Nr. 58; Stobbe-Lehmann S. 19; Seuff. XXI Nr. 20 (München). Andere wenigstens bei bestimmter Stückzahl; Preufs. O.Tr. b. Strieth. LXXXII 188 ff., Dernburg S. 528.

[39] Beseler § 99 Anm. 14; Roth, D.P.R. § 278 Anm. 28; Stobbe-Lehmann a. a. O.; Seuff. XII Nr. 248. — Doch finden sich abweichende partikularrechtliche Bestimmungen; Gierke a. a. O. S. 259; Bülow u. Hagemann a. a. O.; Grefe II 326; Seuff. III Nr. 147; Bayr. Weideges. Art. 14. Allgemein für Zulassung der Verpachtung Gerber-Cosack § 146 Anm. 4.

[40] Gierke a. a. O. S. 254 Anm. 257; Bayr. L.R. Nr. 1; Preufs. L.R. § 87—88; Österr. Gb. § 499.

[41] Bayr. L.R. Nr. 1; Preufs. L.R. § 83—84; Österr. Gb. § 502; Beseler Anm. 16. Im älteren deutschen R. bestand die Verpflichtung zur Unterstellung unter den Gemeindehirten, sofern nicht das Recht auf einen Sonderhirten erworben war; Sachsensp. II Art. 54, Schwabensp. (W.) c. 179, Rupr. v. Freis. I, 141, Weist. b. Gierke a. a. O. S. 253 ff. Anm. 253—255.

[42] Preufs. L.R. § 83—86, Feldpolizei-O. v. 1. Nov. 1847 § 3 ff. u. § 17. Feldpolizeiges. v. 1. Apr. 1880 § 11. Ältere Bestimmungen b. Gierke a. a. O. Anm. 256.

[43] Vgl. Maurer, Markenv. S. 147, Dorfv. I 253; Thudichum, Gau- u. Markv. S. 253 ff.; Jülich. L.R. 51 § 2; Preufs. L.R. § 128—129.

Digitized by Google

sie nicht zum Schutze des jungen Baumwuchses in Schonung liegen[44]. Verstöfst der Berechtigte gegen die Weideordnung, so hat er allen entstandenen Schaden zu ersetzen[45].

e. Eine Beeinträchtigung seines Rechts durch Kulturveränderungen braucht der Berechtigte an sich nicht zu dulden[46]. Doch hat sich, da gerade hierin die Kulturschädlichkeit der Weiderechte wurzelt, mehr und mehr die Auffassung Bahn gebrochen, dafs der Eigentümer des belasteten Grundstücks nur die Beseitigung oder erhebliche dauernde Schmälerung des Weiderechts vermeiden mufs, dagegen die im land- oder forstwirtschaftlichen Interesse gebotenen Veränderungen insoweit vornehmen darf, als der Berechtigte dadurch nicht geschädigt wird oder ausreichenden Ersatz erhält[47]. Neuere Gesetze gestatten Kulturveränderungen in noch weiterem Umfange[48].

2. Weidegemeinschaftsverhältnisse. Dem Weiderechte entspringen eigenartige Gemeinschaftsverhältnisse.

a. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks hat, wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt ist, das Recht der Mithut (jus compascendi)[49]. Reicht der Ertrag der Weide nicht aus, so

[44] Gierke a. a. O. S. 213 ff.; Eichhorn § 180 h; Mittermaier § 168 Anm. 31; Beseler § 99 Anm. 6—7, § 198 Anm. 17; Hagemann § 132, 294 ff.; Bülow u. Hagemann III Nr. 28; Danckelmann II 391 ff., 417 ff.; Seuff. VI Nr. 13 u. 157, XVII Nr. 10; Preufs. L.R. § 109 ff. mit Anh. § 60, 170 ff., Kultured. § 27 ff., Feldpol.O. § 35 ff.; Österr. Gb. § 501; Bayr. Weideges. Art. 2.

[45] Roth, D.P.R. Anm. 30; Preufs. L.R. § 85.

[46] Pfeiffer, Z. f. D. R. XIII 177; Beseler § 99 Anm. 8; Seuff. I Nr. 13, 14, 182, 320, IV Nr. 102, VI Nr. 314, IX Nr. 135, XI Nr. 122, XVII Nr. 10; Bayr. L.R. Nr. 7. Der Eigentümer darf also Wiesen nicht in Acker oder Wald, Acker nicht in Weinberge verwandeln, Weideland nicht aufforsten usw. Nur landesübliche Kulturverbesserungen darf er vornehmen, z. B. Fruchtbäume setzen, Wiesen bewässern, Waldungen in Schonung legen.

[47] Bülow u. Hagemann II Nr. 84, V Nr. 8; Hommel, Rhaps. I obs. 34; Kind, Quaest. for. II c. 33 sq.; Strube, Bed. IV Nr. 153; Anschütz, Arch. f. c. Pr. LIII 293 ff.; Heimbach § 196; Steinacker S. 424 ff.; Platner, Kurhess. Sachenr. S. 250 ff.; Stobbe-Lehmann S. 20; Seuff. XII Nr. 128, XV Nr. 203, XVIII Nr. 119, XXI Nr. 22, XXIX Nr. 112, XLII Nr. 19.

[48] So Preufs. L.R. § 81, 122, 170 ff., Kultured. § 13, 27 ff., Gem.Th.O. § 181 ff.; vgl. Förster-Eccius § 187 Anm. 115, Dernburg § 180 Z. 3. — Das Bayr. Weideges. Art. 5 u. das Württ. v. 1873 Art. 31 gestatten sogar jede Kulturveränderung.

[49] Glück, Komm. X 180 ff., Mittermaier § 183 Anm. 12, Beseler § 99 II, Stobbe-Lehmann S. 20; Bayr. L.R. Nr. 6; Preufs. L.R. § 89; Österr. Gb. § 502; Seuff. I Nr. 11, VII Nr. 10, XXII Nr. 20.

Digitized by Google

mufs er hinter dem Weideberechtigten zurückstehen[50]. Manche Gesetze aber schreiben für diesen Fall eine verhältnismäfsige Einschränkung beider Berechtigungen vor[51].

b. Besteht an einem Grundstücke ein Hütungsrecht Mehrerer (jus compascui), so werden die Rechte der Einzelnen durch etwaige besondere Bestimmungen über gemeinschaftliche oder successive Ausübung, durch die Regeln über Weiderechte überhaupt und zuletzt durch die allgemeinen Rechtssätze über die Kollision von Nutzungsrechten beschränkt[52].

c. Bei einem genossenschaftlichen Hütungsrecht von Gemeindemitgliedern oder Mitgliedern einer Agrargenossenschaft auf Gemeinland (jus compasculationis simplex) kommen, soweit nicht das Recht des Einzelnen in eine selbständige Dienstbarkeit übergegangen ist[53], die Grundsätze des Körperschaftsrechts über mitgliedschaftliche Sonderrechte zur Anwendung[54]. Gleiches gilt für die Weiderechte der Mitglieder, wenn der Gemeinde oder Genossenschaft selbst am gemeinen Weidegrunde nicht das Eigentum, sondern nur eine persönliche Dienstbarkeit zusteht[55].

d. Endlich ist im Falle der eigentlichen Koppelhut (jus compasculationis reciprocum) ein gegenseitiges Beweidungsrecht der Grundeigentümer eines Bezirkes begründet, das hauptsächlich aus der alten Feldgemeinschaft stammt, aber auch neu bestellt

---

[50] Pfeiffer a. a. O. S. 182 ff., Beseler a. a. O., Gengler S. 266 ff., Windscheid § 209 Anm. 13, Roth, D.P.R. Anm. 40, Stobbe-Lehmann S. 21; Platner a. a. O. § 56 Anm. 3.

[51] So das Preufs. L.R. § 103—106 bei unbestimmter Stückzahl, falls nicht der Eigentümer infolge neuer Wirtschaftseinrichtungen den Viehstand erhöht hat. Vgl. ferner Hommel, Rhaps. 188, Glück a. a. O. S. 181 ff., Heimbach § 193 Anm. 8, Steinacker S. 436, Reyscher § 298 Anm. 4, Lang § 80 Anm. 17, Danckelmann II 405 ff.

[52] Eichhorn § 179 IV; Hagemann § 400. Vgl. Preufs. L.R. § 133 (Verweisung auf T. 1 Tit. 17); B.G.B. § 1024.

[53] Vgl. oben Bd. I 611 ff.; Roth, D.P.R. § 278 Anm. 7; Stobbe-Lehmann Anm. 11.

[54] Oben Bd. I 606 ff., 617. Ist gemeinschaftliches Eigentum der Nutzungsberechtigten anerkannt, so sind die Nutzungsrechte Ausflüsse der Eigentumsanteile; Preufs. L.R. § 134. Das B.G.B. läfst diese Verhältnisse unberührt: E.G. Art. 164. — Obschon es sich hier nicht um Dienstbarkeiten handelt, kommen hinsichtlich der Rechtsausübung gleiche Grundsätze, wie bei Weidedienstbarkeiten, zur Anwendung; Bayr. L.R. II, 8 c. 14; Eichhorn § 179 III; Beseler S. 428.

[55] Oben Bd. I 605, 617 Anm. 22. Weiderecht einer Metzgerinnung b. Seuff. XII Nr. 229.

Digitized by Google

werden kann[56]. Im Sinne der markgenossenschaftlichen Verfassung handelte es sich dabei um vorbehaltenes Gesamtnutzungsrecht an dem zu Sondereigen verteilten Lande[57]. Seit der Auflösung der Markgemeinschaft jedoch fällt die Koppelhut unter den Begriff einer wechselseitigen Grunddienstbarkeit[58]. Möglich ist auch, dafs eine tatsächlich geübte Koppelhut nur auf wiederruflicher nachbarlicher Vergünstigung beruht[59]. Doch ist die früher sehr verbreitete Meinung, dafs für ein derartiges precarium die Vermutung spreche, allgemein als unhaltbar aufgegeben[60].

3. Besondere Arten von Weiderechten.

a. Schäfereirecht[61]. Das Recht der Schafweide (Schäfereirecht) ist oft als Schäfereigerechtigkeit zu einem ausschliefslichen Recht an einer ganzen Gemarkung ausgebildet, das namentlich vielfach von den Gutsherrn erworben wurde[62], mitunter

---

[56] Hagemann § 300; Eichhorn § 179 II; Beseler S. 428; Roth III 441 ff.; Stobbe-Lehmann S. 17 u. 22; Dernburg § 179 Z. 3.

[57] Gierke, Gen.R. II 213 ff.

[58] Kreittmayr, Anm. 1 c zu Bayr. L.R. II, 8 c. 14 (servitus mutua); Glück, Komm. X 184; Mittermaier § 169 Anm. 2; Lehmann b. Stobbe S. 22; Preufs. L.R. § 135; Seuff. XIV Nr. 63. — Manche Schriftsteller hielten an dem Begriffe einer Gemeinschaft fest. So auch Stobbe § 98 Anm. 29 a. Eine Gemeinschaft aber besteht nur noch hinsichtlich der Ausübung von Eigentum und Dienstbarkeit.

[59] Kreittmayr, Anm. 1 d a. a. O.; Glück a. a. O. S. 185; Mittermaier § 169 Anm. 6; Beseler S. 428; Roth Anm. 11; Preufs. L.R. § 136—137.

[60] Seuff. XVIII Nr. 118, XXXIII Nr. 6. Nach Preufs. L.R. § 135—136 spricht die Vermutung für eine Dienstbarkeit, wenn nicht die Koppelhut nur zuweilen und bald hier bald da ausgeübt wird. Ähnlich Eichhorn § 179. Beseler a. a. O. verwirft jede Vermutung. — Die ältere Ansicht erklärt sich aus dem Bestreben, die Auflösung der Agrargemeinschaften zu befördern.

[61] Scholz der Dritte, Das Schäfereirecht, Braunschw. 1837; Hagemann § 310 ff.; Mittermaier § 170; Beseler § 99 VI; Roth § 278 II 4; Stobbe-Lehmann § 133 II B; Dernburg, B.R. III § 178 Z. 2; Steinacker § 198; Sachse § 307; Reyscher II § 299. — Preufs. L.R. I, 22 § 146—169. — In Württemberg aufgehoben durch Ges. v. 26. März 1873 Art. 88.

[62] Ursprünglich vorbehaltene Eigentumsbefugnis an den zu bäuerlichem Leihbesitz ausgetanen Ländereien, wurde das Schäfereirecht mit der Ausdehnung auf das im Eigentum der Bauern befindliche Land und allgemein seit der Aufhebung des geteilten Eigentums eine selbständige Grunddienstbarkeit. Das Preufs. L.R. § 146 spricht der Gutsherrschaft die Schäfereigerechtigkeit als ein regelmäfsiges „Vorrecht" zu (außer bei neu angelegten Dörfern, § 148). Durch eine Gemeinheitsteilung wird die Schäfereigerechtigkeit nicht ohne weiteres aufgehoben, bedarf vielmehr besonderer Ablösung; Preufs. L.R. § 158—160, Gem.Th.O. § 39.

Digitized by Google

aber auch der Gemeinde zusteht[63]. Die Schäfereigerechtigkeit war früher regelmäfsig mit einem gewerblichen Monopol der Schafzucht oder doch der Schafhaltung zur Wollgewinnung verbunden[64]. Auch nach dem Wegfall aller Beschränkungen der Schafhaltung gewährt sie im Zweifel das Recht, die ganze ihr unterworfene Feldmark mit einer Schafherde unter eigenem Hirten zu behüten und die Mithut der Grundeigentümer auszuschliefsen[65]. Für Inhalt und Mafs dieser Weideberechtigung gelten mancherlei besondere Regeln[66]. Als eigenartiges Nebenrecht verbindet sich mit einer Schäfereigerechtigkeit oft das Stabrecht, das die Befugnis gewährt, für eine gemeinsame Schafherde den Hirten zu bestellen und vermöge der Leitung der Herde auch von fremden Schafen Nutzen zu ziehen[67]. Als Gegenrecht der belasteten Grundeigentümer begegnet das Pferchrecht (jus faldagii, stercorandi, cratium), kraft dessen die Einpferchung der Schafe an bestimmten Stellen um der Bedüngung willen verlangt werden kann[68].

---

[63] Seuff. XIX Nr. 16 u. 116; Entsch. des Preufs. O.Tr. VII 287.

[64] Die Schafhaltung der übrigen Ortseinwohner war, wenn nicht verboten, auf eine bestimmte Zahl beschränkt; Preufs. L.R. § 153. Oft war auch die Fütterung nur in Stall und Garten gestattet; Strube, Bed. V Nr. 63.

[65] Haben auch die anderen Dorfbewohner das Recht, Schafe auf die Hütung zu bringen, so darf ihr Recht nicht verkürzt, aber auch nicht überschritten werden; nimmt der Schäfereiberechtigte die übrigen Schafe nicht in seine Herde auf, so müssen sie in einer besonderen Gemeinherde gehütet werden; Preufs. L.R. § 152—155.

[66] Nach Preufs. L.R. § 149—151 dürfen im Zweifel Schafe von aufserhalb der Feldmark gelegenen Vorwerken nicht aufgetrieben werden, eine Beschränkung der Zahl aber nach dem Durchwinterungsfufs findet nicht statt; nur im Verhältnis mehrerer Schäfereiberechtigten entscheidet der Durchwinterungsfufs. Anderswo gilt auch hier der Durchwinterungsfufs; Steinacker S. 436 Anm. 12. — Über Beschränkungen nach Ort und Zeit vgl. Preufs. L.R. § 161—169. Einzelheiten b. Scholz a. a. O. S. 76 ff.

[67] Scholz a. a. O. § 12, 29, 35—38, 81, 125; Maurenbrecher § 342 III; Beseler S. 430; Seuff. XVI Nr. 197. Das Stabrecht, das Maurenbrecher a. a. O. zu den Reallasten rechnet, hat eher die Natur eines Bannrechtes.

[68] Scholz a. a. O. § 51, 115 ff.; Mittermaier § 170 VI; Maurenbrecher § 342 II; Stobbe-Lehmann S. 21; Roth § 278 II 5; Preufs. L.R. § 157; Seuff. I Nr. 181, XVII Nr. 82, XX Nr. 109, XXIII Nr. 109. Das Pferchrecht, das nicht nur als Einschränkung des Schäfereirechts, sondern auch als selbständiges Recht vorkommt, ist nicht, wie Hagemann S. 595 Anm. 8 u. Eichhorn § 182 Anm. g meinen, eine Servitut, sondern eine Reallast oder persönliche Verpflichtung; Maurenbrecher a. a. O., Stobbe-Lehmann Anm. 32, Roth Anm. 36—37, Seuff. XVII Nr. 82, XXXII Nr. 8. — Ein

Digitized by Google

b. Mastrecht[69]. Das Mastrecht (jus glandeniarium) ist das Recht, durch Schweine im Walde die Baumfrucht (besonders Eicheln und Bucheckern) aufweiden zu lassen. Einst eine wirtschaftlich besonders wichtige Marknutzung, wurde die Mastung seit Auflösung der Markgemeinschaft vielfach zum Inhalte einer besonderen Walddienstbarkeit. In dem Rechte der Waldweide (Blumenhutsrecht) ist die Mastungsgerechtigkeit nicht begriffen. Die Haupteigentümlichkeit dieser Art von Weideberechtigung besteht darin, dafs ihr Umfang nach dem jährlich durch Sachverständige im voraus abzuschätzenden Ertrage der Mast wechselt und bei blofser Sprengmast (Faselmast) Schweine überhaupt nicht in den Wald getrieben werden dürfen, der Berechtigte vielmehr sich mit dem Lesen der zur Schweinefütterung tauglichen Baumfrüchte begnügen mufs[70].

III. Waldrechte[71]. Die vom deutschen Recht ausgebildeten mannigfachen Walddienstbarkeiten (Forstservituten) sind zum gröfsten Teil Überbleibsel der ehemaligen genossenschaftlichen und herrschaftlichen Eigentumsordnung; insbesondere sind sie aus dem Gesamteigentum der Markgenossen und aus dem Gesamtrecht der abhängigen Gemeinden am herrschaftlichen Walde, teilweise auch aus vorbehaltenem Rechte der Grundherrn hervorgegangen[72]. Darum finden sich unter ihnen neben Grunddienstbarkeiten in besonders grofser Zahl Gemeinde- und Genossenschaftsdienstbarkeiten.

ähnliches, vom Pferchrecht verschiedenes Gegenrecht ist das Recht der Mittagsruhe; Seuff. XX Nr. 109. — Übrigens begegnet auch ein Recht des Schäfereiberechtigten auf Bergung der Schafe in einer auf fremdem Boden geschlagenen Hürde (Recht des Hürdenschlags); Beseler S. 430, Koch, Anm. zu Preufs. L.R. § 157.

[69] Hagemann § 192 ff.; Danckelmann II 208 ff.; Strube, Bed. I Nr. 25, IV Nr. 74; Beseler S. 895; Dernburg § 180 a. E.; Platner, Sachenr. § 57; Lang § 83. — Preufs. L.R. § 187—196.

[70] Preufs. L.R. § 193—194. Oft wird aufserdem zwischen voller und halber Mast unterschieden und bei letzterer die Zahl der einzutreibenden Schweine herabgesetzt; Danckelmann II 215 ff.

[71] Danckelmann, Die Ablösung und Regelung der Waldgrundgerechtigkeiten, 2 Bände, Berlin 1880 u. 88. — Mittermaier § 171; Maurenbrecher § 265; Beseler § 198; Roth § 281. — Förster-Eccius § 187 Anm. 155 ff.; Dernburg, B.R. III § 181; Platner § 60; Lang § 83; Oertmann a. a. O. § 107. — Preufs. L.R. I, 22 § 197—239, Gem.Th.O. § 114 bis 140. A.G. z. B.G.B. f. Weim. § 146, Mein. Art. 17 § 21, Rudolst. Art. 98, Reufs j. L. § 87.

[72] Eingehende Darstellung der einzelnen Entstehungsarten b. Danckelmann a. a. O. I 34 ff. Vgl. Gierke, Gen.R. I 616 ff., II 260 ff.

Digitized by Google

Bisweilen sind ehemalige Walddienstbarkeiten zu Reallasten geworden[73].

Zu den Walddienstbarkeiten gehören die schon unter den Weiderechten besprochenen Rechte der Waldweide und der Mastung[74].

Die wichtigste Walddienstbarkeit ist das Holzungsrecht (jus lignandi). Das Recht, im fremden Walde zu holzen, kommt als Bauholz-, Brennholz- oder Nutzholzgerechtigkeit vor, umfaſst aber mangels näherer Bestimmung die Holzung für alle drei Zwecke[75]. Über den Umfang der zulässigen Holzung entscheidet bei einem unbestimmten Holzungsrecht das jährliche Guts-, Haushalts- oder Gewerbebedürfnis[76]. Dagegen ist bei dem bestimmten Holzungsrecht die jährlich dem Berechtigten gebührende Holzmenge genau festgesetzt[77]. Die neuere Gesetzgebung gibt oft dem Waldeigentümer das Recht, die Umwandlung eines unbestimmten Holzungsrechts in ein bestimmtes zu verlangen[78]. Ein Holzungsrecht kann

[73] Als Reallast begegnet die Verpflichtung des Waldeigentümers, eine bestimmte Menge Holz zu wiederkehrenden Terminen zu liefern; Pfeiffer, Prakt. Ausf. VIII 176 ff., 204, 207, Roth, Bayr. C.R. II § 175 Anm. 1 ff., D.P.R. § 288 Anm. 10—16, Beseler § 198 Anm. 20, Stobbe-Lehmann § 133 Anm. 43; Seuff. V Nr. 6, XIV Nr. 117, XXIX Nr. 12 u. 14. Doch wird der Charakter einer Holzberechtigung als Dienstbarkeit dadurch noch nicht aufgehoben, daſs der Waldeigentümer bei der Ausübung mitzuwirken, das Holz anzuweisen, zu fällen oder abzuführen hat. Noch weniger ist für die Frage, ob Servitut oder Reallast, eine dem Berechtigten obliegende Gegenleistung entscheidend, wie sie als Forstzins oder auch als Holztaxe vorkommt; Danckelmann II 28 ff., 205 ff.

[74] Sie unterliegen daher den allgemeinen Vorschriften für Forstdienstbarkeiten; Danckelmann II 1 ff.

[75] Preuſs. L.R. § 201; Mittermaier § 171; Danckelmann II 9 ff. Das Recht auf Rohr und Schilf ist nicht mit einbegriffen; Preuſs. L.R. § 202.

[76] Vgl. über das ältere Recht Gierke a. a. O. II 260 ff.; ferner Preuſs. L.R. § 203—212; Mittermaier § 171 Anm. 7 u. 12, Lang § 83, Roth Anm. 15—16, Dernburg Anm. 7—9, Danckelmann II 67 ff., 95 ff., 103 ff.; Seuff. XXIII Nr. 16, XXIX Nr. 14. Der Verkauf des bezogenen Holzes ist verboten; Gierke a. a. O. Anm. 293, Preuſs. L.R. § 237 mit der Ausnahme der §§ 238—239. Das Bedürfnis wird für jedes Wirtschaftsjahr angeschlagen, eine Nachforderung findet nicht statt; Preuſs. L.R. § 204, Gierke a. a. O. S. 262. Mittermaier Anm. 13.

[77] Danckelmann II 38 ff. Über die verschiedene Bedeutung der Fixationen im älteren Recht vgl. Gierke a. a. O. S. 265 ff. — Bei dem bestimmten Holzungsrecht kann nach preuſs. u. bayr. Recht das Berechtigungsholz verkauft werden; Danckelmann S. 39. Anders Code forest. Art. 83.

[78] So schon Preuſs. L.R. § 235 bei der Brennholzgerechtigkeit; vgl. Danckelmann II 58 ff., Dernburg S. 534.

Digitized by Google

auch auf gewisse Arten von Bäumen oder Sträuchern eingeschränkt sein[79]. Der Waldeigentümer hat das Mitholzungsrecht, darf aber durch dessen Ausübung nicht das Holzungsrecht vereiteln und ist dem Holzungsberechtigten gegenüber sogar zu allen positiven Maſsnahmen verpflichtet, die nach den Regeln einer ordentlichen Forstwirtschaft geboten sind, um den Wald zu erhalten[80]. Andererseits ist der Berechtigte bei der Ausübung seines Rechts an die vom Eigentümer gehandhabte Ordnung der Forstkultur gebunden[81].

Auſserdem gibt es zahlreiche kleinere Waldrechte[82]. Dahin gehören die von den eigentlichen Holzungsrechten unterschiedenen Rechte auf nebensächliche Holznutzungen. So namentlich die besonders zugunsten der ärmeren Ortsangehörigen vorkommende Raff- und Leseholzgerechtigkeit[83], die sich meist auf alles ohne schneidende Werkzeuge zu gewinnende dürre Holz erstreckt[84], jedoch nur für das eigene Bedürfnis ausgeübt werden darf[85] und vom Waldeigentümer durch Anweisung bestimmter Holz-

[79] Geht dann die Holzart aus, so kann Wiederanpflanzung gefordert werden; bei verschuldetem Mangel hat der Eigentümer Entschädigung zu leisten. Preuſs. L.R. § 231—234; Danckelmann II 194 ff.

[80] Danckelmann II 16 ff., 26 ff. Im Falle unverschuldeter Unzulänglichkeit des Holzes läſst das Preuſs. L.R. § 226—230 bei unbestimmten Holzungsrechten eine verhältnismäſsige Einschränkung der Rechte aller Beteiligten eintreten. Dagegen trifft bei bestimmten Holzungsrechten der Nachteil zunächst allein den Eigentümer.

[81] Insbesondere durfte er schon nach vielen mittelalterlichen Quellen Holz nur nach Anweisung des Försters schlagen; Gierke a. a. O. S. 261 ff. In den neueren Gesetzen ist das Anweisungsrecht des Waldeigentümers durchweg anerkannt; Preuſs. L.R. I, 22 § 214, Bad. Forstges. v. 15. Nov. 1833 § 106, Österr. Forstges. v. 3. Dez. 1852 § 14—15, Code forest. Art. 79, 112, 120. Vgl. Danckelmann II 25 ff.

[82] Manche früher vorkommende Waldrechte, wie das des Kohlenbrennens und das der Zeidelweide, sind völlig verschwunden. — Nicht zu den Walddienstbarkeiten gehören, auch wenn sie ein Waldgrundstück belasten, Torfberechtigungen (Danckelmann II 526 ff.) und Fischereiberechtigungen (ebenda S. 542 ff.).

[83] Danckelmann II 122 ff. Vgl. auch Roth § 281 II, Dernburg S. 534. — Preuſs. L.R. § 215, 217—220, 222—225. Seuff. XI Nr. 124, XXIV Nr. 12, XXXVIII Nr. 10.

[84] Seuff. XXIV Nr. 12, XXXVIII Nr. 10. Nach dem Preuſs. L.R. § 215 nur auf das abgefallene Holz; dies ist aber provinzialrechtlich meist erweitert; Danckelmann II 124 ff.

[85] Preuſs. L.R. § 222—223: Verkauf ist strafbar und zieht im Wiederholungsfalle Rechtsverwirkung nach sich. Bei einem von ihm verursachten Mangel muſs der Eigentümer stehendes Holz anweisen; § 224—225. Vgl. Danckelmann II 135 ff.

Digitized by Google

tage und Holzreviere beschränkt werden kann[86]; ferner die verwandten Rechte auf den Abraum (Afterschlag)[87], das Stockholz[88], das Lagerholz[89], den Windbruch[90] und den Windschlag (Windfall)[91]; auch die Kiengerechtigkeit[92], das Recht des Teerschwelens[93] und das Recht des Harzscharrens[94]. Von besonderer Wichtigkeit sind sodann die verschiedenen Waldstreurechte[95] nebst dem Recht des Plaggenhiebes[96]. Zur Ergänzung der Weiderechte dienen die Gräsereirechte[97], zur Ergänzung des Mastungsrechts das Recht der Eichel- und Eckernlese[98]. Auch kommen Berechtigungen zum Einsammeln von Waldfrüchten für andere Zwecke vor; wo das Sammeln von Waldbeeren und Pilzen aufgehört hat, gemein zu sein, gewinnt auch ein hierauf gerichtetes Recht Bedeutung[99].

---

[86] Preuß. L.R. § 218, Landeskultured. § 26; Danckelmann II 138 ff.

[87] Das in abgeholzten Schlägen zurückgelassene Holz; vgl. Danckelmann II 126 ff. Der Abraum ist nach Preuß. L.R. § 215 im Raff- und Leseholz begriffen. Ebenso nach Erk. des O.L.G. Wolffenbüttel v. 9. März 1877, während im Erk. des O.L.G. Stuttgart v. 22. Okt. 1881 das Gegenteil angenommen ist; Seuff. XXXVIII Nr. 10.

[88] Die stehen gebliebenen Baumstümpfe (Stubben); vgl. Danckelmann II 165 ff.

[89] Die vor Alter umgefallenen Stämme. Sie gehören nach Preuß. L.R. § 216—217 nicht zum Raff- und Leseholz. Vgl. Danckelmann II 181 ff.

[90] Danckelmann II 185 ff. Das Recht auf den Windbruch ist nicht in der Raff- und Leseholzgerechtigkeit begriffen; Preuß. L.R. § 217. Es erstreckt sich regelmäßig auch auf Duft-, Eis- und Schneebruch, nicht aber auf den Windschlag. Vgl. Seuff. XVIII Nr. 21; Bad. Forstges. § 117.

[91] Das Recht auf den Windschlag oder Windfall gilt überall als ein vom Recht auf den Windbruch verschiedenes, besseres Recht; Danckelmann II 198 ff. — Über das Recht auf trockene Stämme ebenda S. 199 ff.

[92] Danckelmann II 179 ff.; Preuß. L.R. § 221.

[93] Dies Recht, für dessen Ausübung die Baumstümpfe stehen bleiben mußten, ist fast ganz verschwunden; Danckelmann II 172 ff.

[94] Danckelmann II 258 ff.

[95] Danckelmann II 274 ff.; Roth § 281 III; Dernburg § 181 II; Preuß. L.R. § 221 u. Ver. v. 5. März 1843; Bad. Forstges. § 41 ff.; Öst. Forstges. v. 3. Dez. 1852 § 11 ff.; Seuff. VII Nr. 288, XI Nr. 123, XVIII Nr. 122, XXI Nr. 215, XXXVI Nr. 263. Das Recht, Streu zu sammeln oder zu rechen, erstreckt sich insbesondere auf Laub, Nadeln, Moos; öfter auch auf Unkraut und Reisig. Es darf nur zu eignem Bedürfnis und nur zur Viehstreu ausgeübt werden. Der Waldeigentümer kann bestimmte Tage und Reviere festsetzen.

[96] Danckelmann II 345 ff. Es kommt namentlich zu Streuzwecken vor.

[97] Danckelmann II 503 ff.

[98] Preuß. L.R. § 194; Danckelmann II 210 ff.

[99] Danckelmann II 255 ff.

Digitized by Google

Hinsichtlich aller Waldrechte hat die Forstgesetzgebung der letzten Jahrhunderte immer entschiedener den Grundsatz durchgeführt, dafs sie, weil die Erhaltung des Waldes im öffentlichen Interesse liegt, nur innerhalb der durch die Forstkultur gebotenen Schranken ausgeübt werden können und vor erforderlichen Kulturveränderungen zurücktreten müssen[100]. In diesem Sinne ist eine eingreifende staatliche Regelung der Walddienstbarkeiten erfolgt[101]. Mehr und mehr aber wurde überhaupt die Beseitigung der schädlichen oder für schädlich gehaltenen Walddienstbarkeiten angestrebt und durch eine umfassende Ablösungsgesetzgebung deren einseitige Ablösung gegen Entschädigung in Land oder Geld ermöglicht[102]. Vielfach hat namentlich der Staat einen Teil seines Waldes als Landabfindung geopfert, um den Rest von Servituten zu befreien. Neuerdings ist die Erkenntnis durchgedrungen, dafs man zu weit gegangen ist und unnötig manche Berechtigungen von hohem sozialen Wert zerstört hat. Man sucht daher insbesondere die für die ärmeren Bevölkerungsschichten wertvollen Waldrechte, soweit sie mit der Forstkultur verträglich sind, wieder zu schonen.

IV. Wasserrechte[103]. Im Gegensatze zu den Wege-, Weide- und Waldrechten sind die als Dienstbarkeiten begründeten Wasserrechte bei uns unter starkem Einflufs der eingehenden Bestimmungen des römischen Rechts näher geregelt worden. So vor allem das Wasserleitungsrecht, das die Befugnis gewährt, Wasser in Röhren oder Gräben aus dem belasteten Grundstück oder über das belastete Grundstück dem herrschenden Grundstück zuzuleiten[104]

---

[100] R.Ger. XXXI Nr. 37; vgl. auch Seuff. XLII Nr. 19.

[101] Danckelmann I 68 ff., II 31 ff., 42 ff., 57 ff., 77 ff., 99, 112 ff., 144, 169, 234 ff., 315 ff., 341, 357 ff., 450 ff., 515 ff.

[102] Mafsgebend sind meist die oben Anm. 27 angef. allgemeinen Gemeinheitsteilungs- und Ablösungsgesetze; zum Teil aber besondere Vorschriften der Forstgesetze, wie Bayr. Art. 23—32 u. Bad. § 134—136, oder eigne Forstablösungsgesetze, wie Hannov. v. 13. Juni 1873, Oldenb. v. 15. Mai 1858, Gotha. v. 5. März 1876, Sondersh. v. 9. Febr. 1874 (für Waldstreurechte), Schaumb. v. 28. Apr. 1870. Das Einzelne b. Danckelmann I 80 ff., II 33 ff., 48 ff., 63, 79 ff., 99 ff., 113 ff., 145 ff., 169 ff., 175 ff., 235 ff., 264 ff., 290 ff., 342 ff., 457 ff., 518 ff., 531 ff., 552 ff.

[103] Endemann, Wasserrecht § 15—18; Roth, Bayr. C.R. § 165, D.P.R. § 280; Lang § 84; Oertmann § 108.

[104] Bei öffentlichen Gewässern erstreckt sich das Privatrecht nur auf die Leitung, bei Privatgewässern auch auf Wasserbezug in bestimmtem Umfange oder nach Bedürfnis; Seuff. XXIII Nr. 128, 207. Den Berechtigten trifft im Zweifel die Pflicht zu gehöriger Instandhaltung und Reinigung der Leitungsanlage; Sächs. Gb. § 555, Österr. § 497, Altenburg. A.G. z. B.G.B § 82 Z. 2,

Digitized by Google

oder umgekehrt auf das belastete Grundstück abzuleiten[105]. Ferner das Recht des Wasserschöpfens, das zugleich ein Zugangsrecht enthält[106], und das Recht der Viehtränke, in dem zugleich ein Triftrecht steckt[107].

V. Rechte auf Bodenbestandteile. Soweit Bodenbestandteile nicht den Gegenstand des Bergrechts bilden, kann ihre Gewinnung Inhalt einer Dienstbarkeit sein. Insbesondere kommen Dienstbarkeiten vor, die das Recht gewähren, auf dem belasteten Grundstücke Sand, Lehm oder Ton zu graben, Steine zu brechen, Kalk zu brennen oder Torf zu stechen[108].

VI. Gebäudedienstbarkeiten[109]. Wenn auch die Bestellung von Gebäudedienstbarkeiten schon vor der Aufnahme des römischen Rechts in den deutschen Städten durchaus gebräuchlich war, so wurden doch, da es sich hierbei nur um Abänderung oder Ergänzung einer umfassenden nachbarrechtlichen Ordnung handelte, besondere Rechtssätze über einzelne Arten von Gebäudedienstbarkeiten nicht ausgebildet. Seit der Aufnahme des römischen Rechts, in dem bei dem fast völligen Mangel eines städtischen Nachbarrechts die Gebäudedienstbarkeiten eine weit gröſsere Rolle spielten und zu einer Reihe fester Typen ausgeprägt waren, galten dessen auch für deutsche Verhältnisse meist nicht unpassende Vorschriften über derartige Servituten als gemeinrechtliche Regeln. Auch die Parti-

Reuſs ä. L. § 100 Z. 2. Nach manchen Gesetzen darf er einen offenen Graben in eine Röhrenleitung verwandeln; Kob.-Goth. A.G. z. B.G.B. Art. 28 § 13, Mein. Art. 17 Z. 14.

[105] Sächs. Gb. § 555, Öst. § 497; Seuff. XVII Nr. 8, XXIV Nr. 16, R.Ger. I Nr. 122; A.G. f. Altenb. u. Reuſs ä. L. a. a. O.

[106] Bayr. L.R. II, 8 c. 12 Nr. 2; Öst. Gb. § 496; Kob.-Goth. A.G. z. B.G.B. Art. 28 § 14, Mein. Art. 17 § 15; Seuff. XVII Nr. 215, XXVI Nr. 109, XXXV Nr. 188, XLIX Nr. 8.

[107] Auch das Recht, auf dem belasteten Grundstücke einen Teich zu halten, kommt vor; Seuff. IV Nr. 12 u. 208. — Über Fischereigerechtigkeiten an Privatgewässern als Dienstbarkeiten und ihre Ablösung Danckelmann II 542 ff.

[108] Bayr. L.R. II, 8 c. 16, Preuſs. L.R. I, 22 § 240—241; Seuff. V Nr. 142, XXIII Nr. 215, XXIX Nr. 237, XXXIV Nr. 17; Roth, D.P.R. § 282; über Torfberechtigungen und deren Ablösung Danckelmann a. a. O. II 529 ff. — Wenn nach bisherigem Recht gerade solche Gerechtigkeiten öfter auch als Realrechte ohne Rücksicht auf das Grundstücksbedürfnis begründet wurden, so fällt diese Möglichkeit künftig weg; oben § 143 S. 637 Anm. 13, § 144 S. 648 Anm. 40. Dagegen kann das Landesrecht sie als selbständige Abbaugerechtigkeiten zulassen; oben § 142 S. 630 ff.

[109] Elvers § 45—49; Windscheid § 211 a; Roth, D.P.R. § 283; Lang § 86; Dernburg, B.R. III § 177.

Digitized by Google

kularrechte stellten für einzelne Arten von Gebäudeservituten ähnliche gesetzliche Regeln auf[110]. Doch blieb gegenüber den gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen deutscher Herkunft das Gebiet der Gebäudedienstbarkeiten enger begrenzt. Denn einer Gebäudedienstbarkeit bedarf es nur, wenn zugunsten eines Gebäudegrundstücks das Eigentum an einem anderen Grundstücke über das Mafs des Nachbarrechts hinaus beschränkt werden soll. Andererseits ruft das Nachbarrecht in Ansehung der Gebäude besondere Dienstbarkeiten hervor, die auf Ausschliefsung einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung einem bestimmten anderen Grundstücke gegenüber gerichtet sind.

Zu den heute noch wichtigen Arten der Gebäudedienstbarkeiten gehört das Recht, auf eine Mauer oder andere bauliche Anlage des Nachbarn ein Bauwerk zu stützen oder in die Mauer oder Wand des Nachbarn einen Balken oder ein anderes Baustück einzulegen[111]. Ferner das Recht des Überbaues oder Vorbaues[112], das Recht der Dachtraufe[113], das Recht des Ausgusses[114] und jedes Recht auf eine das nachbarrechtliche Mafs überschreitende Immission[115].

[110] Preufs. L.R. I, 22 § 55—62; Österr. Gb. § 487—491; Sächs. Gb. § 541—547 und die mit diesem im wesentlichen übereinstimmenden thüring. A.G. z. B.G.B. (Weim. § 134—139, Kob.-Goth. Art. 28 § 1—6, Mein. Art. 17 § 2—7, Altenb. § 82 Z. 1, 3—7, Reufs ä. L. § 100 Z. 1, 2—7, Reufs j. L. § 76—80, Rudolst. § 87—92).

[111] Im gem. R. und ebenso im Bayr. L.R. II, 8 c. 2 u. Sächs. Gb. § 541 bis 542 als servitus oneris ferendi und servitus tigni immittendi verschieden behandelt, im Preufs. L.R. § 55—58 u. Österr. Gb. § 487 einheitlich geregelt. Die Hauptbesonderheit, dafs den Eigentümer des dienenden Grundstücks die Unterhaltungspflicht trifft, gilt im gemeinen Recht nur für die servitus oneris ferendi, nach dem B.G.B. aber auch für das Recht der Balkeneinlage; oben § 144 S. 649 Anm. 43 u. 45. Das Sächs. Gb. § 542 u. die thür. A.G. bestimmen für eine Dienstbarkeit der letztgedachten Art besonders, dafs der Berechtigte die schadhaft oder unbrauchbar gewordenen Balken oder andere Baustücke wiederherstellen oder durch neue ersetzen darf.

[112] Servitus projiciendi vel potegendi; Bayr. L.R. II, 8 c. 6; Seuff. XX Nr. 17.

[113] Während das römische Recht die servitus stillicidii und die servitus fluminis recipiendi unterscheidet, hat nach Preufs. L.R. § 59 u. 61, Sächs. Gb. § 543 u. den thür. A.G. der Traufberechtigte die Wahl, ob er das Regenwasser durch Tropfenfall oder in einer Rinne oder Röhre auf das belastete Grundstück führen will; er darf auch die getroffene Wahl und die Bauart seines Daches ändern. — Über nachbarrechtliches Traufrecht oben § 126 S. 426 Anm. 34.

[114] Servitus cloacae; Bayr. L.R. II. 8 c. 10; Preufs. L.R. § 59—60; Seuff. IV Nr. 209, XXXII Nr. 307.

[115] Im römischen Recht wird die servitus fumi immittendi erwähnt.

Digitized by Google

Sodann insoweit, als nicht ein Nachbarrecht durchgreift[116], das Lichtrecht[117] und das Fensterrecht[118], überall aber das weiterreichende Aussichtsrecht[119]. Weiter das Recht auf beschränkte Bebauung, insbesondere auf bloſs villenmäſsige Bebauung des Nachbargrundstücks[120]. Endlich auch das zu den Wegerechten gehörige Recht des Durchganges oder der Durchfahrt durch ein Gebäude[121].

Gebäudedienstbarkeiten gehen im Zweifel nicht unter, wenn das bisherige Gebäude durch ein neues ersetzt wird[122].

§ 147. Nieſsbrauch.

I. Nieſsbrauch überhaupt. Da die familienrechtlichen Nutzungsrechte und die sonstigen eigenartigen Nutzungsrechte deutscher Herkunft nicht mehr unter den Begriff des Nieſsbrauchs fallen, beruht das geltende Nieſsbrauchsrecht auf der in das gemeine Recht übernommenen und in den Partikularrechten festgehaltenen römischrechtlichen Grundlage[1]. Doch ist es mit einer Fülle deutschrechtlicher Elemente durchsetzt. Wir haben daher

---

[116] Vgl. oben § 126 S. 426—427. Dort in Anm. 37 u. 38 auch über die durch einzelne A.G. vollzogene Umwandlung durch Zeitablauf erworbener Nachbarrechte in Dienstbarkeiten.

[117] Servitus luminum; Österr. Gb. § 488; Seuff. XXXI Nr. 313; R.Ger. b. Seuff. XLVI Nr. 170 (nicht enthalten im Ladenrecht). Nach dem Sächs. Gb. § 544—545 und den thüring. A.G. gilt, wenn das Lichtrecht in bezug auf ein Fenster oder allgemein für ein Gebäude eingeräumt ist, mangels näherer Bestimmung ein gesetzliches Maſs für die Grenze, bis zu der der Einfall des Lichtes vom freien Himmel entzogen werden darf.

[118] Es ist nach dem Sächs. Gb. § 547 u. den thür. A.G. das Recht, ein Fenster in fremder oder gemeinschaftlicher Mauer zu haben, und erteilt auch das Lichtrecht, nicht aber das Aussichtsrecht.

[119] Preuſs. L.R. § 62 (enthält auch die Befugnis, in einer Grenzmauer neue Fenster zu öffnen); Sächs. Gb. § 546; thür. A.G.

[120] Vgl. oben § 144 S. 647 Anm. 37; Seuff. XVIII Nr. 19; Kohler, Arch. f. c. Pr. LXXXVII 157 ff.; Dernburg § 176 Z. 4.

[121] Oben S. 662 Anm. 18; Seuff. XII Nr. 7, XVIII Nr. 211.

[122] Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XLVI Nr. 112.

[1] Über das gemeine Recht vgl. Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nieſsbrauch, 1864; Elvers § 50 ff.; Glück IX 157 ff.; Windscheid § 203 ff.; Dernburg, Pand. I § 246 ff. — Über die Partikularrechte Roth, D.P.R. § 272 ff.; Bayr. L.R. II c. 9; Preuſs. L.R. I, 21 § 22 ff.; Code civ. Art. 578 ff.; Österr. Gb. § 509 ff.; Sächs. Gb. § 604 ff.; schweiz. Gb. b. Huber III 389 ff. — B.G.B. § 1030—1089 mit den Komm.; Endemann II § 103 ff.; Cosack II § 216 ff.; Dernburg III § 182, 184 ff.

Digitized by Google

hier zwar nicht eingehend vom Niefsbrauch zu handeln, wohl aber auf die leitenden Grundsätze hinzuweisen.

1. Begriff. Niefsbrauch ist die persönliche Dienstbarkeit, die das Recht auf die Nutzungen eines fremden Vermögensgegenstandes im Ganzen gewährt[2]. Mit diesem Begriff ist eine Einschränkung durch die Ausschliefsung einzelner Nutzungen, nicht aber die Beschränkung auf einzelne Nutzungen verträglich[3]. Der Niefsbrauch ist also ein für die Zeit seines Bestandes auf Vollherrschaft hinsichtlich des Genusses gerichtetes Recht. Dennoch bleibt er auch während seines Bestandes ein sich in Teilherrschaft erschöpfendes, begrenztes Sachenrecht, weil er keine Herrschaft über die Substanz gewährt, vielmehr ein ihm übergeordnetes Recht an der Substanz voraussetzt[4].

2. Arten. Der Niefsbrauch zerfällt je nach der Beschaffenheit seines Gegenstandes in verschiedene Arten. Den Normalfall bildet der Niefsbrauch an einer nicht verbrauchbaren körperlichen Einzelsache, dem als Substanzrecht das Eigentum an der Sache übergeordnet ist[5]. Von den für diesen Fall geltenden Rechtssätzen ist hier zunächst zu handeln. Doch sind die unter deutschrechtlicher Einwirkung ausgebildeten Verschiedenheiten zwischen Grundstücksniefsbrauch und Fahrnisniefsbrauch besonders darzustellen. Demnächst sind die Abweichungen ins Auge zu fassen, die bei dem Niefsbrauch an verbrauchbaren Sachen, an Sachinbegriffen und an unkörperlichen Gegenständen eintreten.

3. Begründung. Der Niefsbrauch wird nach dem neuen

---

[2] Im gemeinen Recht pflegt nur der im römischen Recht ursprünglich allein anerkannte Niefsbrauch an nicht verbrauchbaren körperlichen Sachen als verus ususfructus angesehen und demgemäß die Begriffsbestimmung auf ihn abgestellt zu werden, während an verbrauchbaren Sachen und an unkörperlichen Sachen ein bloßer quasi ususfructus angenommen wird. Dagegen ist in den Landesrechten unter dem Einfluß der deutschen Leibzucht, die auf alle Vermögensgegenstände erstreckbar war, ein einheitlicher Begriff des Nießbrauchs durchgedrungen; vgl. Bayr. L.R. a. a. O. § 1, Preuß. L.R. § 22, Code civ. Art. 581, Sächs. Gb. § 604, Roth § 272. An dem einheitlichen Niefsbrauchbegriff ist für das neue bürgerliche Recht festzuhalten; die Ausscheidung eines „uneigentlichen" Nießbrauchs (Cosack § 217, Dernburg § 182 II 4) ist willkürlich.

[3] B.G.B. § 1030 Abs. 2.

[4] Bei dem Nießbrauch an eigner Sache bleiben Nutzungsrecht und Substanzrecht objektiv gesondert.

[5] Auf ihn beziehen sich die §§ 1030—1065 B.G.B.

Digitized by Google

Recht regelmäfsig nur durch sachenrechtlichen Vertrag, ausnahmsweise durch Ersitzung begründet[6].

4. Rechtsverhältnis zwischen Niefsbraucher und Eigentümer. Zwischen Niefsbraucher und Eigentümer besteht ein aus der Teilung der Sachherrschaft entspringendes Rechtsverhältnis, das seiner Grundlage nach sachenrechtlich ist, jedoch ein gegenseitiges gesetzliches Schuldverhältnis einschliefst und insoweit der vertragsmäfsigen Abänderung fähig ist.

a. Der Niefsbraucher hat ein Recht auf den Besitz der Sache[7]. Er kann jedoch nur Lehnbesitz in Anspruch nehmen und mufs den mittelbaren Besitz des Eigentümers anerkennen.

b. Der Niefsbraucher hat ein Recht auf die Nutzungen der Sache, Gebrauch und Fruchtgenufs[8]. Er ist jedoch verpflichtet, sein Recht so auszuüben, dafs die Substanz der Sache für den Eigentümer unversehrt bleibt. Darum mufs er die wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechterhalten und mit ihr nach den Regeln einer ordnungsmäfsigen Wirtschaft verfahren und darf die Sache nicht umgestalten oder wesentlich verändern[9]. Und darum gebühren ihm die Früchte der Sache nur insoweit, als sie den wirtschaftlichen Ertrag der Sache darstellen. Trotzdem erwirbt er an allen Früchten mit der Trennung das Eigentum. Insoweit er aber ordnungswidrig (z. B. durch Raubbau) oder notgedrungen (z. B. durch Windschlag oder Viehtötung) Früchte im Übermafs zieht, schuldet er Wertersatz[10].

---

[6] Im Gegensatz zum bisherigen Recht kennt das B.G.B. keinen gesetzlichen Niefsbrauch. Ebensowenig Begründung eines Niefsbrauchs durch Verfügung von Todes wegen; das Niefsbrauchsvermächtnis begründet nur eine Forderung auf vertragsmäfsige Bestellung.

[7] B.G.B. § 1036 Abs. 1. An sich auf unmittelbaren, aber nach der Art der Bestellung möglicherweise nur auf mittelbaren Besitz.

[8] Keinerlei Anrecht hat er an der Schatzhälfte des Eigentümers; B.G.B. § 1040.

[9] B.G.B. 1036 Abs. 2, § 1037 Abs. 1. Auch eine an sich wertsteigernde Substanzveränderung, wie Umwandlung eines Parkes in Kulturland, Austrocknung eines Sees, Errichtung einer Fabrik oder eines Mietshauses, darf er nicht vornehmen.

[10] B.G.B. § 1039. Den Ersatz schuldet er erst bei Beendigung des Niefsbrauchs, hat aber Sicherheit hierfür zu leisten. Vorher kann jeder Teil die Verwendung des Betrages zur Wiederherstellung der Sache nach den Regeln ordnungsmäfsiger Wirtschaft verlangen. Soweit dies nicht geschieht, fällt der Ersatzanspruch durch Verrechnung auf den Minderertrag späterer Wirtschaftsperioden weg.

Digitized by Google

c. Der Niefsbraucher ist verpflichtet, für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen. Auch die gewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen liegen ihm ob. Aufsergewöhnliche Reparaturen trägt der Eigentümer. Der Niefsbraucher hat aber von jeder die Sache treffenden Schädigung oder bedrohenden Gefahr (einschliefslich der Rechtsanmafsung eines Dritten) unverzüglich dem Eigentümer Anzeige zu machen, ihm auch die erforderlichen Vorkehrungen zu gestatten[11].

In der Erhaltungspflicht ist die Versicherungspflicht begriffen. Der Niefsbraucher mufs, soweit dies den Regeln einer ordentlichen Wirtschaft entspricht, die Sache gegen Feuer und sonstige Unfälle versichern. Ist die Sache schon versichert, so trägt er im Umfange seiner Versicherungspflicht die Versicherungskosten. Versichert er selbst, so hat er die Versicherung so zu nehmen, dafs die Versicherungsforderung dem Eigentümer zusteht. Er erlangt aber an der Versicherungsforderung einen Forderungsniefsbrauch wie an einer verzinslichen Forderung. Tritt ein Schade ein, so kann jeder Teil die Verwendung der Versicherungsgelder für Wiederherstellung der Sache oder Beschaffung eines Ersatzes verlangen. Soweit eine solche Verwendung nicht erfolgt oder nicht erfolgen kann, ist das Geld verzinslich anzulegen und dem Niefsbraucher daran ein Forderungsniefsbrauch zu bestellen[12].

Die Lasten der Sache hat der Niefsbraucher während der Dauer des Niefsbrauchs dem Eigentümer gegenüber insoweit zu tragen, als sie entweder kraft öffentlichen Rechts oder kraft eines bei der Bestellung des Niefsbrauchs schon begründeten Privatrechts

[11] B.G.B. § 1041—1042.

[12] B.G.B. § 1045—1046. Ausführlich darüber J. Gierke, Jahrb. f. D. XL 341 ff. — Die Versicherungspflicht geht auf den vollen Sachwert, erstreckt sich also nicht blofs auf das Eigentümerinteresse, sondern auch auf das eigne Interesse des Niefsbrauchers und das Interesse anderer dinglich Berechtigter; J. Gierke a. a. O. S. 377 ff., Neumann zu § 1045 Bem. 2. Der Niefsbraucher kann den Versicherungsvertrag in eignem Namen zugunsten des Eigentümers, er kann ihn aber auch als dessen Stellvertreter abschliefsen, braucht daher eine Haftung für die Prämien nicht zu übernehmen; J. Gierke a. a. O. S. 390 ff.; a. M. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 533 u. 575, Planck zu § 1045 Bem. 3, Biermann Bem. 1, Dernburg § 188 Anm. 8. Die Versicherungsforderung steht ganz dem Eigentümer zu, wird aber ohne weiteres vom Niefsbrauch und zugleich von Grundpfandrechten ergriffen; sie erscheint als Pertinenz der Sache; J. Gierke a. a. O. S. 403 ff. Auch zur Versicherung der stehenden Früchte gegen Hagelschaden ist der Niefsbraucher verpflichtet; J. Gierke a. a. O. S. 434 ff., Biermann Bem. 1; a. M. Planck Bem. 2.

Digitized by Google

auf der Sache ruhen und ordnungsmäfsigerweise nicht aus dem Stammwert, sondern aus den Erträgen der Sache zu bestreiten sind[13].

Für Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache, die er durch pflichtwidriges Verhalten verschuldet, hat der Niefsbraucher Ersatz zu leisten. Dagegen steht er für die Abnutzung der Sache durch ordnungsmäfsige Ausübung des Niefsbrauches nicht ein[14].

Umgekehrt hat er, wenn er auf die Sache Verwendungen macht, zu denen er nicht verpflichtet ist, einen Ersatzanspruch wie aus Geschäftsführung ohne Auftrag und ein Wegnahmerecht an den von ihm mit der Sache verbundenen Einrichtungen[15].

d. Zur Sicherung gegen und für künftige Ansprüche können sowohl der Niefsbraucher wie der Eigentümer den Zustand der Sache auf eigne Kosten durch Sachverständige feststellen lassen[16].

Einen allgemeinen Anspruch auf Sicherheitsleistung, wie ihn das gemeine Recht dem Eigentümer gewährt, kennt das B.G.B. nicht[17]. Der Eigentümer kann aber Sicherheitsleistung verlangen, sobald das Verhalten des Niefsbrauchers die Besorgnis einer erheblichen Gefährdung seiner Rechte begründet[18]. Bei un-

---

[13] B.G.B. § 1047. Somit trägt er von den öffentlichen Lasten Realsteuern (z. B. Grund- und Gebäudesteuer, Hundesteuer), wiederkehrende Beiträge (z. B. Kanalisationsgebühren), die Militärlasten (z. B. Quartierlast), die ordentliche Deichlast usw., nicht aber einmalige Beiträge zur Strafsenanlage oder Kanalisation, aufserordentliche Deichlasten usw. Von den privatrechtlichen Lasten treffen ihn Hypotheken- und Grundschuldzinsen (auch von einer Eigentümerhypothek), Grundrenten und Einzelleistungen aus einer Reallast, nicht aber die Kapitalschuld (anders Preufs. L.R. § 75) oder Ablösungssumme. Später auf die Sache gelegte privatrechtliche Lasten trägt er selbst dann nicht, wenn sie seinem Recht im Range vorgehen, wie Zinsen eines Meliorationsdarlehns oder Zinserhöhung bis zu 5 v. H.; a. M. Dernburg II 551, Lehmann § 81 Z. 3.

[14] B.G.B. § 1050. Keine Amortisationspflicht.

[15] B.G.B. § 1049. Hierher gehören Verwendungen für aufsergewöhnliche Reparaturen oder für Befreiung der Sache von einer auf dem Stammwert ruhenden Last.

[16] B.G.B. § 1034. Freiw.G.G. § 164.

[17] Gleich dem gemeinen Recht verpflichtet das Bayr. L.R. II c. 9 § 6 u. § 10, der Code civ. Art. 601 ff. und das Sächs. Gb. § 617 ff. den Niefsbraucher grundsätzlich zur cautio usufructuaria. Dagegen stimmen das Preufs. L.R. § 20. 103 u. 108 u. das Österr. Gb. § 520 mit dem B.G.B. überein.

[18] B.G.B. § 1051. Dazu der Fall des § 1039 (oben Anm. 10).

Digitized by Google

befugtem Gebrauch der Sache kann er nach erfolgloser Abmahnung auch auf Unterlassung klagen[19].

Als schärfere Sicherungsmaßregel kann der Eigentümer die gerichtliche Sequestration der Sache verlangen, wenn entweder der Nießbraucher nach rechtskräftiger Verurteilung zur Sicherheitsleistung innerhalb der ihm auf Antrag vom Gericht gesetzten Frist die Sicherheit nicht leistet oder aber der Nießbraucher die Rechte des Eigentümers bereits in erheblichem Maße verletzt hat und das verletzende Verhalten trotz Abmahnung des Eigentümers fortsetzt[20]. Die Sequestration erfolgt durch gerichtliche Bestellung eines Verwalters, der den Nießbrauch für Rechnung des Nießbrauchers unter gerichtlicher Aufsicht auszuüben hat[21].

e. Der Nießbraucher ist zur Rückgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauchs verpflichtet[22].

f. Die gegenseitigen Ansprüche unterliegen der Verjährung. Für die Ersatzansprüche des Eigentümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen und für die Ansprüche des Nießbrauchers wegen Verwendungen läuft eine abgekürzte Verjährungsfrist von sechs Monaten[23].

5. Eigentümer und Besteller. Die aus dem Nießbrauch entspringenden Rechtsverhältnisse bestehen auch dann zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer, wenn der Eigentümer nicht der Besteller ist. Allein zugunsten des Nießbrauchers gilt der Besteller als Eigentümer, falls nicht der Nießbraucher weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer ist. Hat also ein Nichteigentümer infolge der Publizität des Grundbuches oder kraft des Satzes „Hand wahre Hand“ wirksam einen Nießbrauch bestellt oder hat der Besteller das Eigentum übertragen, so ist der Besteller dem Nießbraucher gegenüber bis zu dem Augenblicke, in dem dieser

---

[19] B.G.B. § 1053. Es ist möglich, daß ein Anspruch auf Sicherheitsleistung hier nicht begründet ist.

[20] B.G.B. § 1052 u. 1054. Im Falle des § 1052 ist die Sequestration aufzuheben, sobald nachträglich Sicherheit geleistet wird. — Ähnlich nach bisherigem Recht; Bayr. L.R. II c. 9 § 6 Nr. 4—5, Preuß. L.R. I, 21 § 140—148, Code civ. Art. 602, Sächs. Gb. § 622.

[21] Zum Verwalter kann auch der Eigentümer bestellt werden; er hat dann gleichzeitig mittelbaren Eigenbesitz und unmittelbaren Verwaltungsbesitz, während der Nießbraucher mittelbarer Nutzungsbesitzer bleibt.

[22] B.G.B. § 1055 Abs. 1.

[23] B.G.B. § 1057. Beginn wie bei der Miete für die Ersatzansprüche des Eigentümers mit Rückempfang der Sache, für die Ansprüche des Nießbrauchers mit Beendigung des Nießbrauchs.

Digitized by Google

den wahren Sachverhalt erfährt, zur Ausübung der Rechte des Eigentümers legitimiert[24].

6. Niefsbrauch und andere Nutzungsrechte. Für den Fall einer Kollision des Niefsbrauchs mit einem anderen Niefsbrauch oder sonstigen Nutzungsrecht an der Sache gilt mangels eines Rangvorzuges das Prinzip des billigen Ausgleichs[25].

7. Übertragung. Der Niefsbrauch ist unübertragbar[26]. Seine Ausübung aber kann einem Anderen überlassen werden[27]. Der Niefsbraucher kann daher sein Recht zu Besitz, Gebrauch und Fruchtgenufs unentgeltlich oder entgeltlich, gegen einmaligen festen Preis oder durch Miets- oder Pachtvertrag übertragen. Die Übertragung entbehrt der dinglichen Wirkung; der Niefsbrauch bleibt an die Person des Niefsbrauchers gebunden und das Rechtsverhältnis zwischen dem Niefsbraucher und dem Eigentümer erfährt keine Änderung. Dagegen erlangt der Ausübende mit der Überlassung des Besitzes auch dem Eigentümer gegenüber den Besitzschutz und die dinglich wirksamen Rechte aus dem Besitz[28].

8. Schutz. Der Niefsbrauch geniefst Besitzschutz und dinglichen Rechtsschutz. Die Ansprüche des Niefsbrauchers aus Beeinträchtigung seines Rechts entsprechen den Eigentumsansprüchen[29].

9. Beendigung. Der Niefsbrauch erlischt durch rechtsgeschäftliche Aufhebung, durch Untergang der Sache, durch Eintritt einer ihm etwa gesetzten auflösenden Bedingung oder Frist und durch Wegfall der berechtigten Person. Somit endet der Niefsbrauch einer Einzelperson spätestens mit ihrem Tode, der Niefsbrauch einer juristischen Person spätestens mit ihrem Wegfall[30].

---

[24] B.G.B. § 1058. Der Niefsbraucher wird also durch gutgläubige Vereinbarungen mit dem Besteller berechtigt und durch gutgläubige Leistungen an ihn (Ersatzleistung oder Rückgabe) befreit. Über die Rechtskraft des im Prozefs zwischen ihnen ergangenen Urteils vgl. Hellwig, Rechtskraft § 59.

[25] B.G.B. § 1060 mit § 1024; oben § 144 V S. 651.

[26] B.G.B. § 1059. Daher auch nicht belastbar (mit Niefsbrauch oder Pfandrecht) und nicht pfändbar. Ebenso nach gem. Recht, Preufs. L.R. I, 21 § 110, Österr. Gb. § 507, Sächs. Gb. § 600. Anders nach Code civ. Art. 595 u. Entw. I § 1011; vgl. v. Blume, Jahrb. f. D. XXXIV 281 ff.

[27] Sie ist daher auch der Pfändung unterworfen; C.Pr.O. § 754.

[28] So hinsichtlich des Eigentumserwerbes an den Früchten und bei beweglichen Sachen hinsichtlich des Einwendungsrechts aus dem Besitz und der Klage aus früherem Besitz.

[29] B.G.B. § 1065. Herausgabeanspruch gegen den Besitzer; negatorischer Anspruch gegen den Störer; Abholungsanspruch; Vermutung aus dem Fahrnisbesitz.

[30] B.G.B. § 1061. Ein für mehrere Personen zu gesamter Hand bestellter

Digitized by Google

II. Niefsbrauch an Grundstücken. Der Niefsbrauch an Grundstücken unterliegt den allgemeinen Regeln über Rechte an Grundstücken. Er wird daher nur durch Willenseinigung und Eintragung oder durch Buchersitzung begründet. Sein Rang wird durch die Eintragung bestimmt. Durch Vereinigung mit dem Eigentum geht er nicht unter. Die rechtsgeschäftliche Aufhebung kommt erst durch Löschung zustande. Im Falle unrichtiger Löschung erlischt er durch Buchversitzung[31].

Der Erwerb des Niefsbrauchs an einem Grundstücke schliefst den Erwerb des Niefsbrauchs an dessen Zubehör in gleichem Umfange ein, wie der Erwerb des Eigentums am Grundstücke den Erwerb des Eigentums am Zubehör. Ebenso erstreckt sich die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Grundstücksniefsbrauchs im Zweifel auch auf den Niefsbrauch am Zubehör[32].

Mancherlei besondere Regeln gelten inbezug auf den Umfang des vom Grundstücksniefsbrauch gewährten Nutzungsrechts. Der Niefsbraucher darf, sofern nur dadurch die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks im ganzen nicht wesentlich verändert wird, Anlagen zur Gewinnung von Bodenbestandteilen (wie Steinen, Kies, Sand, Lehm, Ton, Mergel, Torf) errichten[33]. Ist ein Bergwerk oder eine sonstige auf Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichtete Anlage Gegenstand des Niefsbrauchs, so kann der Niefsbraucher sogar die Substanz allmählich erschöpfen[34]. Doch kann hier wie bei dem Niefsbrauche an einem Walde sowohl der Eigentümer wie der Niefsbraucher die Feststellung und etwa erforderliche

---

Nießbrauch endet erst mit dem Tode der letztlebenden, ein einer Handelsgesellschaft unter ihrer Firma eingeräumter Nießbrauch mit ihrer Auflösung; oben § 145 S. 657 Anm. 2. — Die Bestellung eines vererblichen Nießbrauchs, wie sie nach gemeinem Recht (Windscheid § 215 Anm. 7), Preuſs. L.R. § 178, Öst. Gb. § 529 und beschränkt nach Sächs. Gb. § 657 erfolgen kann, ist ausgeschlossen. Andererseits ist die noch in Entw. I § 1014 aufgenommene gemeinrechtliche Beschränkung des Nießbrauchs einer juristischen Person auf die Zeitdauer von 100 Jahren (ebenso Bayr. L.R. II c. 9 § 9 Nr. 3 u. Sächs. Gb. § 656) nach dem Vorgange des Preuſs. L.R. § 179 und des Österr. Gb. § 529 aufgegeben.

[31] Durch Tod oder Eintritt einer auflösenden Bedingung oder Frist erlischt er unmittelbar; für die Löschung gilt dann Grdb.O. § 23, oben § 118 S. 300 Anm. 42. Ein unmittelbarerErlöschungsgrund ist auch hier die Enteignung.

[32] B.G.B. § 1031 u. 1062.

[33] B.G.B. § 1037 Abs. 2 Die gewonnenen Bodenbestandteile sind Früchte; § 99 Abs. 2.

[34] Denn nach § 99 Abs. 1 gebührt ihm die gesamte Ausbeute. Anders Preuſs. L.R. § 37.

Digitized by Google

Abänderung eines Wirtschaftsplanes verlangen, durch den das Mafs der Nutzung und die Art der wirtschaftlichen Behandlung bestimmt wird[35]. Der Niefsbraucher darf ferner, wenn er eine aufserordentliche Ausbesserung oder Erneuerung selbst vornimmt, hierzu innerhalb der Grenzen ordnungsmäfsiger Wirtschaft auch solche Grundstücksbestandteile, die nicht zu den ihm gebührenden Früchten gehören, verwenden, mufs aber auch dem Eigentümer für jede Ausbesserung oder Erneuerung eine derartige Verwendung gestatten[36].

Bei der Beendigung des Grundstücksniefsbrauches hat der Niefsbraucher, wenn es sich um ein landwirtschaftliches Grundstück handelt, hinsichtlich der Rückgewähr in ordnungsmäfsigem Zustande und hinsichtlich des Ersatzes der Bestellungskosten für ungetrennte Früchte und, wenn ein Landgut in Frage steht, überdies hinsichtlich der Zurücklassung der erforderlichen Vorräte gleiche Rechte und Pflichten, wie ein Pächter[37].

Endlich findet zugunsten eines Mieters oder Pächters, dem der Niefsbraucher die Ausübung seines Rechtes für einen bei Beendigung des Niefsbrauchs noch nicht abgelaufenen Zeitraum überlassen hat, der Satz „Kauf bricht nicht Miete“ entsprechende Anwendung. Der Eigentümer tritt also von Rechts wegen in das Miets- oder Pachtverhältnis ein. Er kann jedoch innerhalb der gesetzlichen Kündigungsfrist, die nur im Falle der Beendigung durch Verzicht erst von dem Zeitpunkte an läuft, in dem der Niefsbrauch ohne den Verzicht erloschen wäre, das Verhältnis aufkündigen. Zur Erklärung über die Ausübung dieses Kündigungsrechts kann der Mieter oder Pächter dem Eigentümer eine angemessene Frist setzen, mit deren Ablauf das Kündigungsrecht erlischt[38].

III. Niefsbrauch an Fahrnis. Die Besonderheiten des Fahrnisniefsbrauches beruhen auf der Durchführung der deutschrechtlichen Sätze über den Fahrnisverkehr.

Was die Begründung des Niefsbrauchs an einer beweglichen

---

[35] B.G.B. § 1038. Eigentum erwirbt der Niefsbraucher trotzdem an allen geschlagenen Bäumen oder gewonnenen Bodenbestandteilen.

[36] B.G.B. § 1043 u. 1044.

[37] B.G.B. § 1055 Abs. 2 mit § 591—593; vgl. oben § 137 S. 595 Anm. 40 und 41.

[38] B.G.B. § 1056 mit § 571—576 (aufser § 573 S. 2) u. § 579. Voraussetzung ist auch hier Besitzüberlassung, die dem persönlichen Recht dingliche Wirksamkeit verschafft.

Digitized by Google

Sache betrifft, so erfolgt die rechtsgeschäftliche Bestellung in gleicher Weise, wie die Übereignung, durch dinglichen Vertrag und Übergabe der Sache oder eine die Übergabe ersetzende Besitzauflassung, Besitzauftragung oder Anspruchsabtretung. Auch wird unter denselben Voraussetzungen, wie bei der Veräußerung Eigentum, bei der Nießbrauchsbestellung Nießbrauch vom Nichteigentümer erworben. Nur wird durch den gutgläubigen Erwerb des Nießbrauchs das Eigentum nicht zerstört, sondern nur belastet. Und wenn an der Sache ein dem Erwerber des Nießbrauchs unbekanntes Recht eines Dritten besteht, so geht auch dieses nicht unter, sondern tritt nur im Range zurück[39]. Außerdem wird der Nießbrauch an einer beweglichen Sache durch zehnjährigen gutgläubigen Nutzungsbesitz nach den für die Eigentumsersitzung geltenden Regeln ersessen[40].

Hinsichtlich der Beendigung ist zu bemerken, daß zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung hier eine dem Eigentümer oder dem Besteller gegenüber abgegebene formlose Verzichtserklärung genügt[41]; daß ferner der Fahrnisnießbrauch grundsätzlich auch durch Vereinigung mit dem Eigentum erlischt, jedoch insoweit als nicht erloschen gilt, als der Eigentümer an seinem Fortbestande ein rechtliches Interesse hat[42].

IV. Nießbrauch an Sachinbegriffen. Für den Nießbrauch an einem Sachinbegriff bestimmt das B.G.B. im allgemeinen nur, daß sowohl der Eigentümer wie der Nießbraucher berechtigt ist, die Mitwirkung des Anderen zur Errichtung und Beglaubigung eines gehörigen Stückverzeichnisses zu verlangen[43]. Für den Fall aber, daß ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Nießbrauchs ist, stellt es besondere Regeln auf, in denen offenbar wird, daß das Inventar als einheitliche Gesamtsache und nur als solche dem Nießbrauch unterliegt. Denn der Nießbraucher ist hier einerseits zur Verfügung über die einzelnen Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft berechtigt und andererseits zur Beschaffung eines Ersatzes für den gewöhnlichen Abgang

[39] B.G.B. § 1032.

[40] B.G.B. § 1033.

[41] B.G.B. § 1064. Die Rückgabe der Sache ist weder erforderlich noch ausreichend.

[42] B.G.B. § 1063. Der Eigentümer kann also z. B. den Nießbrauch gegenüber einem nachstehenden Pfandrecht oder als Erbe den Nachlaßgläubigern gegenüber durch Abzug vom Erbschaftsbestande geltend machen.

[43] B.G.B. § 1035. Die Kosten hat der zu tragen und vorzuschießen, der die Aufnahme oder Beglaubigung verlangt.

Digitized by Google

und die ordnungsmäfsig ausgeschiedenen Stücke verpflichtet; Eigentum und Niefsbrauch aber lassen dann die ausscheidenden Stücke los und ergreifen von selbst die einverleibten Stücke[44]. Hat der Niefsbraucher das Inventar zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung der Rückgewähr zum Schätzungswerte übernommen, so trägt er überdies die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung des Inventars, hat aber auch Anspruch auf die Vergütung eines Mehrwerts („eisernes Inventar")[45]. Diese Regeln müssen bei anderen Sachinbegriffen entsprechende Anwendung finden, sobald erhellt, dafs den Gegenstand des Niefsbrauches die Gesamtsache in ihrem jeweiligen Bestande bilden soll[46].

V. Niefsbrauch an verbrauchbaren Sachen[47]. Bei dem Niefsbrauch an verbrauchbaren Sachen geht das Eigentum auf den Niefsbraucher über; er hat dafür nach Beendigung des Niefsbrauches den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten[48]. Das gesetzliche Schuldverhältnis aus dem Niefsbrauch besteht hier lediglich zwischen dem Niefsbraucher und dem Besteller[49]. Durch Vereinbarung kann auch an unverbrauchbaren Sachen ein Eigentumsniefsbrauch oder an verbrauchbaren Sachen ein gewöhnlicher Niefsbrauch bestellt werden[50]. Der Eigentums-

---

[44] B.G.B. § 1048 Abs. 1, oben § 104 S. 55 Anm. 28 u. 29, § 131 I 5 b S. 520. Veräufsert der Niefsbraucher jenseits der Grenzen seiner Verfügungsmacht, so geht auch auf den redlichen Erwerber, falls dieser wufste oder wissen mufste, dafs der Veräufserer nicht Eigentümer war, Eigentum nicht über; a. M. Biermann Bem. 1, Fuchs Bem. 1 b; vgl. aber Planck Bem. 2 a. oben § 134 S. 571.

[45] B.G.B. § 1048 Abs. 2 mit § 588 u. 589.

[46] So z. B. bei einem Niefsbrauch an einer Herde oder einer Bibliothek. Vgl. Biermann zu § 1048 Bem. 4, Planck Bem. 5, Kober Bem. 1.

[47] Über das bisherige Recht vgl. Dig. 7, 5; Hanausek, Die Lehre vom uneigentlichen Niefsbrauch nach gemeinem R., 1879; Glück IX 387 ff.; Elvers § 58; Windscheid § 206; Dernburg, Pand. I § 250. — Bayr. L.R. II c. 9 § 10. Preufs. L.R. I, 21 § 173. Code civ. Art. 587. Österr. Gb. § 510. Sächs. Gb. § 623.

[48] B.G.B. § 1067. Nach gem. u. preufs. R. geht die Rückgewährpflicht zunächst auf Sachen gleicher Art und Menge, nach französ. u. sächs. R. hat der Niefsbraucher die Wahl zwischen Sacherstattung und Wertersatz.

[49] Jeder von ihnen kann Wertfeststellung auf seine Kosten verlangen. Der Anspruch des Bestellers auf Sicherheitsleistung entsteht hier, wenn der Anspruch auf Wertersatz gefährdet ist.

[50] Motive III 584; vgl. Preufs. L.R. § 174—175; Sächs. Gb. § 624. Somit ist z. B. an einem Inventar oder einem anderen Inbegriff unverbrauchbarer Sachen ein Niefsbrauch mit Eigentumsübergang möglich. Andererseits kann

Digitized by Google

nießbrauch ist Nießbrauch; seinen Gegenstand aber bildet nicht der Sachkörper, sondern der Sachwert[51].

VI. Nießbrauch an einem Anteil. Der Nießbrauch ist im Gegensatze zu den anderen Dienstbarkeiten teilbar und kann daher an einem Bruchteil der Sache oder an einem Miteigentumsanteil bestellt werden. Steht der Nießbrauch Mehreren nach Bruchteilen zu (Mitnießbrauch), so erwächst daraus eine besondere Nießbrauchergemeinschaft. Dagegen verschafft der Nießbrauch an einem Miteigentumsanteil dem Nießbraucher eine Mitherrschaft in der Eigentümergemeinschaft[52]. Treffen Nießbrauchsrecht an einem Bruchteil und Eigentümernutzungsrecht an einem anderen Bruchteil zusammen, so ist die Gemeinschaft so zu behandeln, als sei zugleich das Eigentum in Anteile zerlegt[53].

VII. Nießbrauch an Rechten[54]. Gegenstand des Nießbrauches kann jedes übertragbare Recht sein. Somit eine veräußerliche selbständige Gerechtigkeit, ein übertragbares dingliches Recht, ein Forderungsrecht, eine zum Vermögensrecht ausgestaltete Vereinsmitgliedschaft (z. B. Aktie, Kux) oder Teilhaberschaft (z. B. Schiffspart), ein Urheberrecht oder Erfinderrecht. Insoweit dagegen ein Recht unübertragbar ist, kann an ihm ein Nießbrauch nicht bestellt werden. Mithin ist ein Nießbrauch an einem Nießbrauch oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, an einer nach ihrer Natur, besonderer Abrede oder gesetzlicher Vorschrift un-

---

bei der Bestellung des Nießbrauchs an einem Warenlager das Eigentum vorbehalten werden.

[51] Dies ist schon die Auffassung des Österr. Gb. § 510.

[52] B.G.B. § 1066. Der Nießbraucher übt aus eignem Recht die Befugnisse des Miteigentümers hinsichtlich der Verwaltung und der Benutzungsordnung aus. Der Teilungsanspruch steht nur dem Nießbraucher und dem Miteigentümer gemeinschaftlich zu. Erfolgt die Teilung, so ist der Anteilsnießbrauch in einen Nießbrauch an den an die Stelle des Anteils tretenden Gegenständen überzuführen.

[53] Somit ist § 1066, wie Entw. I § 985 Abs. 2 ausdrücklich bestimmen wollte, entsprechend anzuwenden. Hierher gehört nicht nur der Fall, wenn der Alleineigentümer einen Quotennießbrauch bestellt, sondern auch der Fall, wenn Miteigentümer gemeinschaftlich einem Dritten den Nießbrauch an einem Bruchteil der Sache einräumen.

[54] Über das bisherige Recht vgl. Bürkel a. a. O. S. 62 ff.; Hanausek a. a. O. S. 39 ff.; Mansbach, Nießbrauch an Forderungen, 1880; Stammler, Nießbrauch an Forderungen, 1880; Hartmann, Krit. V.Schr. XXII 518 ff.; Windscheid § 206. — Preuß. L.R. § 101 ff. — Sächs. Gb. § 625—630. — Über das neue Recht Endemann § 105; Cosack § 217a—217b; Dernburg § 192 ff.; Kipp b. Windscheid I 932 ff.

Digitized by Google

übertragbaren Forderung, an einem Namenrecht, an einer gewöhnlichen Vereinsmitgliedschaft oder gesellschaftlichen Teilhaberschaft ausgeschlossen. Doch bleibt, insoweit die Ausübung eines unübertragbaren Rechtes ganz oder teilweise übertragbar ist, ein Niefsbrauch an der Forderung auf Überlassung der Rechtsnutzung möglich[55]. Realrechte können regelmäfsig nur zusammen mit dem Grundstücke, Hypotheken und Pfandrechte nur zusammen mit der Forderung den Gegenstand eines Niefsbrauches bilden.

1. Rechtsniefsbrauch überhaupt. Auf den Rechtsniefsbrauch finden grundsätzlich die Regeln über den Sachniefsbrauch entsprechende Anwendung (B.G.B. § 1068). Der Niefsbraucher hat also ein dingliches Recht am Rechte, d. h. an dem als unkörperliche Sache vorgestellten Rechtsgegenstande.

a. Die Bestellung erfolgt nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Regeln; somit bei Rechten an Grundstücken durch dinglichen Vertrag und Eintragung, bei Forderungen und im Zweifel auch bei sonstigen Rechten durch blofsen Vertrag[56].

b. Das Rechtsverhältnis ergibt sich daraus, dafs dem ursprünglichen Berechtigten die Herrschaft an dem Rechtsgegenstande im ganzen vorbehalten, dem Niefsbraucher aber eine Teilherrschaft an demselben Gegenstande eingeräumt ist. Das Recht spaltet sich also in ein Oberrecht und ein Unterrecht, die sich zueinander wie Eigentum und begrenztes dingliches Recht an der unkörperlichen Sache verhalten; das Oberrecht erscheint als das Stammrecht, das beim Wegfalle des von ihm abgezweigten Unterrechts von selbst wieder zum Vollrecht anschwillt; das Unterrecht ist ein abgeleitetes Recht, dessen Bestand vom Bestande des Stammrechtes abhängt[57].

Demgemäfs besteht zwischen dem Niefsbraucher und dem Stammberechtigten (Rechtseigentümer) ein dem Rechtsverhältnis zwischen dem Sachniefsbraucher und dem Sacheigentümer

---

[55] In dieser Form kann z. B. ein Afterniefsbrauch oder ein Niefsbrauch an den Erträgen eines Gesellschaftsanteils bestellt werden.

[56] B.G.B. § 1069. Bei Patentrechten bedarf es demgemäfs jetzt (entgegen dem bisherigen Recht, vgl. oben Bd. I 889 Anm. 11) zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung in die Patentrolle; Patentges. § 19 Abs. 2. — Der Wortlaut des § 1069 pafst nicht auf Erbbaurechte und andere selbständige Gerechtigkeiten; die Bestellung eines Niefsbrauchs erfolgt hier nach den Regeln über Belastung von Grundstücken.

[57] Die Ausdrücke „Oberrecht" und „Unterrecht" gebrauchte Cosack 3. Aufl. § 249. Man darf aber getrost auch vom „Eigentümer" der Forderung usw. reden; vgl. oben S. 367 a. E.

Digitized by Google

entsprechendes Rechtsverhältnis[58]. Auch hier gebührt dem Niefsbraucher die Nutzung, die stets die als Früchte geltenden Erträge des Rechts und überdies die je nach der Beschaffenheit des Rechts aus dessen Gebrauch entspringenden Vorteile umfafst[59]. Auch hier hat er dagegen keine Verfügungsmacht über die Substanz des Rechts und mufs sein Nutzungsrecht so ausüben, dafs die Substanz des Rechtes unversehrt bleibt[60]. Für die einzelnen beiderseitigen Ansprüche gelten durchaus die Regeln des Sachniefsbrauches[61].

Der Rechtsniefsbrauch verschafft aber dem Niefsbraucher auch Dritten gegenüber die sachenrechtliche Stellung eines Mitherrn des Rechtes. Dies hat bei den einzelnen Arten der Rechte und namentlich bei absoluten und relativen Rechten eine ungleiche Tragweite. Immer aber bewährt sich der Niefsbrauch insoweit, als sein unkörperlicher Gegenstand die Entfaltung von Wirkungen gegen Dritte gestattet, als dingliches Recht. Darum rückt, wenn auf Grund des Rechtes eine Leistung gefordert werden kann, der Niefsbraucher dem Verpflichteten gegenüber in die Stellung eines Berechtigten ein; grundsätzlich gelten sogar gleiche Regeln wie bei der Übertragung, so dafs der Niefsbraucher in derselben Weise, wie ein Rechtsnachfolger, anstatt des Stammberechtigten die Leistung allein verlangen und allein empfangen kann[62]. Darum ist aber

[58] Ist der Besteller nicht der Berechtigte, indem z. B. kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ein Nichtberechtigter wirksam den Niefsbrauch bestellt hat oder das Recht nach der Bestellung übertragen ist, so findet § 1058 über die Legitimation des Bestellers als Eigentümers zugunsten des Rechtsniefsbrauchers entsprechende Anwendung; a. M. Hellwig, Rechtskraft S. 421.

[59] B.G.B. § 99 Abs. 2—3 u. § 100. Bei Fruchtziehung im Übermafs gilt § 1039 (Eigentumserwerb, aber Wertersatz). — Die Überlassung eines Besitzes kann der Niefsbraucher insoweit fordern, als das Recht Anspruch auf Besitz gibt. So beim Niefsbrauch an der Niefsbrauchausübung, an einem Erbbaurecht und hinsichtlich der dem Niefsbrauch mitunterworfenen Urkunde (§ 952) an jedem verbrieften Rechte.

[60] Gemäfs § 1036 Abs. 2 u. § 1037 Abs. 1.

[61] So hinsichtlich der Erhaltung des Rechts (§ 1041—1042), der Lastentragung (§ 1047, z. B. Zahlung der Patentgebühren), der Verwendungen (§ 1049), der Sicherheitsleistung und Zwangsverwaltung (§ 1051—1054), der Rückgewähr (§ 1055) und der Verjährung (§ 1057). Über Versicherungspflicht J. Gierke a. a. O. S. 363.

[62] B.G.B. § 1070 Abs. 1. Doch gelten auch die gleichen Schutzvorschriften, die den Verpflichteten gegen Nachteile aus dem Rechtsübergange sichern und, so lange der Stammberechtigte ihm gegenüber noch legitimiert ist, einer gutgläubigen Abmachung mit ihm oder einer gutgläubigen Leistung an ihn rechtliche Wirksamkeit verleihen; vgl. bes. § 404—410. Ebenso wird nach § 1070

Digitized by Google

auch, soweit der Stammberechtigte durch den Niefsbrauch in der Verfügung über sein Recht beschränkt ist, die Verfügungsbeschränkung gegen Dritte wirksam; insbesondere ist allgemein die rechtsgeschäftliche Aufhebung oder für den Niefsbrauch nachteilige Änderung des Rechts an die Zustimmung des Niefsbrauchers gebunden [63]. Ebenso hat in jeder anderen Beziehung Jeder, den es angeht, den Niefsbraucher als Mitherrn des Rechtes anzuerkennen [64].

c. Beendigung. Der Rechtsniefsbrauch ist gleich dem Sachniefsbrauch unübertragbar und unvererblich, endet daher mit dem Wegfall der berechtigten Person. Er erlischt ferner mit dem Untergange des Rechts [65]. Für seine rechtsgeschäftliche Aufhebung und sein Erlöschen durch Vereinigung mit dem Stammrecht gelten die Regeln des Fahrnisniefsbrauchs [66].

2. Forderungsniefsbrauch. Die wichtigste Art des Rechtsniefsbrauches ist der Forderungsniefsbrauch. Forderungsniefsbrauch ist auch der Niefsbrauch an einer durch Pfandrecht oder Hypothek gesicherten Forderung, der zugleich das mit der Forderung verbundene dingliche Recht ergreift [67]. Die Regeln des

---

Abs. 2 die Anordnung oder Aufhebung einer Sicherungsverwaltung dem Verpflichteten gegenüber erst durch Kenntniserlangung oder Zustellung einer Mitteilung wirksam.

[63] B.G.B. § 1071. Die Zustimmung ist gegenüber dem Begünstigten (bei Rechten an Grundstücken gemäfs § 876 nach Wahl auch gegenüber dem Grundbuchamt) zu erklären und unwiderruflich. Aufhebung oder Änderung ohne die Zustimmung ist nichtig. Doch gilt dies nur bei absoluten Rechten (z. B. einem Patentrecht) schlechthin; bei relativen Rechten kann, wenn der Verpflichtete die Niefsbrauchsbestellung noch nicht kennt, durch Rechtsgeschäft zwischen ihm und dem Stammberechtigten das Recht untergehen: vgl. die vorige Anm.

[64] Gegen Beeinträchtigungen stehen dem Rechtsniefsbraucher gemäfs § 1065 alle Schutzmittel zu Gebote, deren sich der Stammberechtigte bedienen kann. Anderen Nutzungsberechtigten gegenüber entscheidet bei einer Kollision der Rang, im Falle gleichen Ranges aber das Ausgleichungsprinzip des § 1060. Niefsbrauch an einem Rechtsanteil verschafft gemäfs § 1066 zugleich eine Stellung in der Gemeinschaft der Mitberechtigten.

[65] Doch geht, so lange er besteht, das ihm unterworfene Recht nicht durch Vereinigung mit der Pflicht unter. Dies war in Entw. I § 1032 besonders bestimmt, ist aber selbstverständlich.

[66] B.G.B. § 1072. Dies gilt auch bei Rechten an Grundstücken, so dafs es der Löschung nicht bedarf. Natürlich gilt es aber nicht für den Niefsbrauch an dem Erbbaurecht oder einer anderen selbständigen Gerechtigkeit.

[67] Bei dem Niefsbrauch an einer Hypothekenforderung treten jedoch viele Besonderheiten ein, die sich aus der Erstreckung des Grundbuchrechts auf die Forderung ergeben.

Digitized by Google

Forderungsniefsbrauches gelten aber auch für den Niefsbrauch an dem rein dinglichen Recht aus einer Grundschuld oder Rentenschuld[68].

Der Forderungsniefsbrauch wird verschieden behandelt, je nachdem seinen Gegenstand eine schlichte Forderung oder eine auf Zinsen ausstehende Forderung oder eine Rentenforderung bildet.

a. Bei dem schlichten Forderungsniefsbrauch erscheint die Forderung als ein zum Verbrauch durch Ausübung bestimmtes Recht. Darum steht, obschon der Stammberechtigte Gläubiger bleibt, dem Niefsbraucher und ihm allein die Einziehung und die hierfür etwa erforderliche Kündigung der Forderung zu[69]. Wird aber vom Schuldner an den Niefsbraucher geleistet, so tritt der geleistete Gegenstand an Stelle der Forderung. Je nach der Beschaffenheit des Gegenstandes setzt sich also das Niefsbrauchsverhältnis in verschiedener Gestalt fort; ein Grundstück oder eine unverbrauchbare bewegliche Sache fällt in das Eigentum des Gläubigers und unterliegt dem gewöhnlichen Sachniefsbrauch des Niefsbrauchers; Geld und andere verbrauchbare Sachen gehen in das Eigentum des Niefsbrauchers über, während der Gläubiger eine Forderung auf Werterstattung erwirbt; ein geleistetes Recht steht dem Gläubiger zu und wird mit einem Rechtsniefsbrauch zugunsten des Niefsbrauchers belastet[70].

b. Der Niefsbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung erscheint als Niefsbrauch an einem zu dauernder Nutzung bestimmten Vermögensgegenstande[71]. Darum steht,

---

[68] B.G.B. § 1080. Dies wird auf den Niefsbrauch an einer Reallastberechtigung auszudehnen sein.

[69] B.G.B § 1074. Er ist zugleich zu ordnungsmäfsiger Einziehung verpflichtet. Der Schuldner mufs an ihn leisten und wird (vorbehaltlich des Schutzes im Falle der Unkenntnis) nur durch Leistung an ihn befreit. — Zu sonstiger Verfügung, wie Abtretung, Erlafs, Aufrechnung, Stundung usw., ist der Niefsbraucher nicht befugt, während der Stammgläubiger für sich allein die Forderung übertragen oder anderweit belasten, dagegen nur mit Zustimmung des Niefsbrauchers sie aufheben oder schmälern kann.

[70] B.G.B. § 1075. Der beiderseitige Rechtserwerb fällt notwendig zusammen. Hierdurch wird sogar das Grundbuchrecht durchbrochen: ist der Gläubiger durch die vom Niefsbraucher für ihn zu erwirkende Eintragung Eigentümer eines zu übereignenden Grundstücks oder eines zu verschaffenden Rechtes am Grundstücke geworden, so entsteht der Niefsbrauch an dem Grundstück oder Recht ohne Eintragung; a. M. Endemann § 105 Anm. 11, Dernburg II § 565; vgl. aber Strecker S. 49, Cosack § 217a III 1 c ε, Biermann Bem. 1, Kober Bem. 1 b, Planck Bem. 2, Fuchs Bem. 2.

[71] Als eine „auf Zinsen ausstehende Forderung“ erscheint jedes verzins-

Digitized by Google

während die Zinsen dem Niefsbraucher allein als Früchte gebühren, die Einziehung und Kündigung des Kapitals nur dem Gläubiger und dem Niefsbraucher gemeinschaftlich zu und kann die Zahlung und Kündigung des Kapitals nur an beide gemeinschaftlich erfolgen[72]. Ist aber das Kapital eingezogen, so kann jeder von beiden die Mitwirkung des anderen zur verzinslichen Wiederanlegung und Bestellung des Niefsbrauches an der neuen Forderung verlangen[73].

c. Bei dem Rentenniefsbrauch, mag seinen Gegenstand eine persönliche Rentenforderung oder ein dingliches Rentenrecht (aus Rentenschuld oder Reallast) bilden, gebühren die während der Dauer des Niefsbrauchs fällig werdenden Renten ausschliefslich dem Niefsbraucher, während auf die Ablösungssumme die Vorschriften über den Niefsbrauch an verzinslichen Forderungen anzuwenden sind. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn es sich um eine Leibrente, einen Auszug oder ein ähnliches Recht handelt. das sich in bestimmter oder unbestimmter Frist durch die Einzelleistungen aufzehrt[74]. Ähnlich verhält es sich bei Rechten auf wiederkehrende Leistungen anderer Art und bei Rechten, deren Ertrag in einem Gewinnanteile besteht[75].

---

lich angelegte Kapital, nicht aber jede verzinsliche Forderung; eine Forderung, von der blofs Verzugszinsen laufen oder die nach kurzer Frist zusammen mit Zinsen zu berichtigen ist, steht der unverzinslichen Forderung gleich.

[72] B.G.B. § 1077. Beide Teile sind einander zur Mitwirkung bei der Einziehung oder einer wirtschaftlich gebotenen Kündigung verpflichtet. — Hinsichtlich des Schutzes des in Unkenntnis des Niefsbrauches mit dem Gläubiger allein verhandelnden oder an ihn leistenden Schuldners und hinsichtlich sonstiger Verfügungen über die Forderung gilt Gleiches, wie beim schlichten Forderungsniefsbrauch.

[73] B.G.B. § 1079. Jeder kann ohne Rücksicht auf die bisherige Sicherheit und die Höhe des Zinsfufses mündelsichere Anlegung verlangen; im übrigen bestimmt der Niefsbraucher die Art der Anlegung. — In der Zwischenzeit besteht an dem Gelde Eigentum des Gläubigers und Niefsbrauch des Niefsbrauchers; Kober zu § 1078 Bem. 1 c, Cosack § 217 a III 1 a c, J. Gierke a. a. O. S. 412. Dagegen nimmt Kipp S. 934 Miteigentum an, weil es wahren Niefsbrauch an Geld nicht gebe. Allein kraft Vereinbarung können auch sonst Eigentum und Niefsbrauch an verbrauchbaren Sachen auseinanderfallen; oben Anm. 50. Zu welchen Bruchteilen sollte denn auch Miteigentum eintreten?

[74] B.G.B. § 1073. So auch Sächs. Gb. § 630. Möglicherweise erhält also der Stammberechtigte nichts zurück.

[75] Der Niefsbrauch an einer Aktie gewährt die Gewinnanteile (oder Bauzinsen), sowie etwaige Gebrauchsrechte an Gesellschaftsanlagen, nicht die Bezugsrechte; der für die Aktie im Falle der Einziehung oder Auflösung

Digitized by Google

3. Niefsbrauch an Wertpapieren. Der Niefsbrauch an einem Recht, das in einem Wertpapier verkörpert ist, untersteht den Regeln über den Rechtsniefsbrauch, jedoch mit den Abwandlungen, die sich aus der Abhängigkeit des Rechtes am Papier von dem Rechte aus dem Papier ergeben. Demgemäfs ist hier der Rechtsniefsbrauch nicht blofs, wie bei jedem verbrieften Recht, mit Sachniefsbrauch an der Urkunde verbunden, sondern durch Sachniefsbrauch am Papier bedingt. Bei Rektapapieren und nicht mit Blankoindossament versehenen Orderpapieren gelten die allgemeinen Grundsätze über derartige Papiere. Insbesondere kommt die Bestellung des Niefsbrauchs nur durch Übergabe des Papiers in Verbindung mit einem gehörigen Bestellungsvertrage zustande[76]. Der Niefsbraucher ist zum Besitz des Papiers berechtigt. Das Papier behält seine Bedeutung für die Ausübung des Rechts und seine Legitimationskraft[77].

Besonderheiten gelten bei Inhaberpapieren und mit Blankoindossament versehenen Orderpapieren.

Hier hat der Eigentümer ein Recht auf Besitzgemein-

---

gezahlte Kapitalbetrag ist nach § 1077—1079 zu behandeln; die Einlagepflicht bleibt beim Eigentümer, er ist aber so wenig dem Nießbraucher wie dieser ihm zur Einzahlung verpflichtet; das Stimmrecht haben mangels anderer Bestimmung der Satzung Eigentümer und Niefsbraucher gemeinschaftlich auszuüben (Planck u. Biermann zu § 1081), nicht (wie Dernburg § 194 Z. 4 u. K. Lehmann annehmen) der Eigentümer allein; Näheres b. K. Lehmann, Z. f. H.R. LI 402 ff. Ähnlich verhält es sich bei dem Niefsbrauch an einem Kuxe; das Sächs. A.G. zu B.G.B. Art. 29 (bisher Sächs. Gb. § 630) gewährt hier dem Niefsbraucher die Ausbeute und den wiedererstatteten Verlag, verpflichtet ihn aber dafür zur Tragung der Zubufse.

[76] Bei einem Briefgrundpfandrecht ist nach B.G.B. § 1154 schriftliche Bestellung oder Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Bei einem Orderpapier genügt Indossament.

[77] Somit kann der Niefsbraucher eines Legitimationspapiers (oben S. 138 ff.) auch eine Verfügung, die er nicht oder nicht allein treffen darf, auf Grund des Papierbesitzes wirksam vornehmen, ohne dafs der Eigentümer einen gesetzlichen Anspruch hätte, zum Schutze hiergegen die Einräumung des Mitbesitzes zu verlangen. Wird Nießbrauch an einem Orderpapier durch Vollindossament bestellt, so ist der Nießbraucher, ohne Eigentümer zu sein, zur Ausübung aller Rechte des Eigentümers legitimiert; oben S. 151. Umgekehrt ist der Nießbraucher einer Stammaktie der Aktiengesellschaft gegenüber zur Ausübung von Mitgliedschaftsrechten, soweit sie nicht ein in seinem Besitz befindliches besonderes Nebenpapier verbrieft, nur legitimiert, wenn der Nießbrauch im Aktienbuch vermerkt ist; ist dies aber der Fall, so können nur Aktionär und Nießbraucher gemeinschaftlich eine etwaige Kapitalauszahlung entgegennehmen und nach richtiger Ansicht (oben Anm. 75) das Stimmrecht ausüben.

Digitized by Google

schaft. Nur an den zu dem Papier gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheinen gebührt der Besitz ausschliefslich dem Niefsbraucher. Dagegen steht der Besitz des Stammpapiers und des Erneuerungsscheins dem Niefsbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich zu[78]. Demgemäfs genügt hier auch zur Bestellung des Niefsbrauches statt der Übergabe des Papiers die Einräumung des Mitbesitzes[79]. Eigentümer und Niefsbraucher sind einander verpflichtet, zu allen behufs ordnungsmäfsiger Verwaltung des Papierbesitzes erforderlichen Mafsnahmen mitzuwirken; im Falle der Einlösung des Papiers gelten die Regeln über Wiederanlegung eines eingezogenen Kapitals. Eine dabei gezahlte Prämie ist Kapitalteil[80].

Gehört ein derartiges Papier zu den verbrauchbaren Sachen, so finden die Vorschriften über den Sachniefsbrauch Anwendung. Der Niefsbraucher erlangt also mangels anderer Vereinbarung das Eigentum am Papier und folgeweise auch das volle Recht aus dem Papier und hat nur den Wert zu erstatten[81].

VIII. Niefsbrauch an einem Vermögen. Der Niefsbrauch an dem Vermögen einer Person, dem der Niefsbrauch an dem Bruchteil eines Vermögens und der Niefsbrauch an einer Erbschaft gleichsteht, wird vom B.G.B. als Niefsbrauch an den einzelnen Vermögensgegenständen behandelt. Er mufs an jedem einzelnen Vermögensgegenstande besonders bestellt werden und erscheint nicht als einheitliches Recht, sondern als Summe von Niefsbrauchsrechten, für die je nach der Beschaffenheit des Gegenstandes die Regeln über Sachniefsbrauch oder Rechtsniefsbrauch, Grundstücksniefsbrauch oder Fahrnisniefsbrauch, Niefsbrauch an unverbrauchbaren oder verbrauchbaren Sachen gelten[82].

Diese gesetzliche Konstruktion steht im Widerspruch mit dem

---

78 Vgl. hierüber und über den Anspruch jedes Teiles auf Herstellung von gebundenem mittelbaren Mitbesitz oben S. 168 Anm. 70.

79 B.G.B. § 1081 Abs. 2.

80 Oben S. 168 Anm. 69. Doch gehört eine Prämie, die blofse Zinsvergütung ist, wie z. B. eine Konvertierungsprämie, dem Niefsbraucher.

81 B.G.B. § 1084. So z. B. bei einem in blanco indossierten Wechsel, einem Inhaberscheck, insbesondere aber allen zum Umsatz bestimmten Inhaberpapieren und in blanco indossierten Orderpapieren, die zu einem Bankgeschäft oder sonstigen Erwerbsgeschäft gehören.

82 B.G.B. § 1085 u. 1089. Minder atomistisch Sächs. Gb. § 631—636, auch Preufs. L.R. I, 21 § 42 u. 71, Code civ. Art. 612. Dabei ist jedoch zu beachten, dafs nach B.G.B. bei der familienrechtlichen Nutzniefsung, weil sie kein Niefsbrauch ist, eine andere Auffassung durchgreift.

Digitized by Google

in Wahrheit gewollten und der Lebensanschauung entsprechenden Verhältnis, das auf ein Nutzungsrecht am Vermögen als einem einheitlichen Ganzen abzielt[83]. Soweit die gesetzlichen Vorschriften nachgiebiger Natur sind, ist ihre Abänderung im Sinne stärkerer Annäherung an das erstrebte Ziel möglich und je nach den Umständen als vereinbart oder vom Erblasser angeordnet anzusehen[84].

Unmittelbar durch das Gesetz werden hinsichtlich der Schuldenverhältnisse die Folgerungen aus dem Gedanken der Vermögenseinheit gezogen[85]. Die bei Bestellung des Niefsbrauchs bestehenden vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten des Bestellers oder im Falle des Niefsbrauches an einer Erbschaft die den Besteller als Erben treffenden Nachlafsverbindlichkeiten erscheinen als Passivbestandteile des dem Niefsbrauch unterworfenen Vermögens. Sie bleiben daher zwar Schulden des Vermögensherrn; eine Gesamtnachfolge findet nicht statt. Allein der Niefsbraucher erlangt nur das Recht auf Genufs des nach ihrem Abzuge verbleibenden Reinvermögens. Darum können die Gläubiger wegen aller solcher Forderungen ohne Rücksicht auf den Niefsbrauch Befriedigung aus den dem Niefsbrauch unterworfenen Gegenständen oder, soweit das Eigentum auf den Niefsbraucher übergegangen ist, aus der

[83] Auf Belastung des Vermögens als Einheit richtet sich der zugrunde liegende (nach B.G.B § 313 an gerichtliche oder notarielle Form gebundene) schuldrechtliche Vertrag oder die zugrunde liegende Verfügung von Todes wegen.

[84] Unabänderlich sind die mit dem Grundbuchrecht zusammenhängenden Rechtssätze hinsichtlich der zum Vermögen gehörigen Grundstücke und Rechte an Grundstücken. Dagegen kann hinsichtlich der Fahrnis die Verfügungsmacht des Niefsbrauchers über einzelne Stücke und der Eintritt von Surrogaten in das Niefsbrauchsverhältnis allgemein nach den für ein Inventar geltenden Regeln geordnet werden. Es ist ferner zulässig, unverbrauchbare Sachen dem Eigentumsniefsbrauch und verzinsliche Forderungen dem schlichten Forderungsniefsbrauch zu unterwerfen. Auch steht nichts im Wege, an Inhaberpapieren dem Niefsbraucher allein Besitz und Verwaltung einzuräumen. Alle einzelnen Befugnisse und Verpflichtungen des Niefsbrauchers gegenüber dem Eigentümer können dem Gedanken angepafst werden, dafs Substanzrecht und Nutzungsrecht an dem Vermögen als Einheit bestehen. Auf diese Weise kann namentlich dem überlebenden Ehegatten auch künftig durch Vermächtnis ein der deutschen Leibzucht entsprechendes Recht an der Erbschaft verschafft werden. Besser noch eignet sich freilich für diesen Zweck die Einsetzung zum Vorerben.

[85] B.G.B. § 1086—1088. Vgl. Dernburg III § 195, Endemann § 106, Cosack § 217 c, Kipp S. 935 ff., Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 397 ff.

Digitized by Google

ihnen gegenüber sofort fälligen Wertersatzforderung verlangen[86]. Für Zinsen und andere ordnungsmäfsigerweise aus den Einkünften zu bestreitende wiederkehrende Leistungen haftet ihnen überdies der Niefsbraucher kraft zwingenden Rechtssatzes persönlich[87]. Im Verhältnis aber zwischen dem Vermögensherrn und dem Niefsbraucher bestehen gegenseitige Rechte und Pflichten auf Berichtigung der Schulden aus dem Vermögen[88].

Die Regeln über den Niefsbrauch an einem Vermögen müssen, wie auf den Niefsbrauch an einer Erbschaft, so auf den Niefsbrauch an einem anderen Sondervermögen entsprechend angewandt werden. Inwieweit das Rechtsverhältnis hinsichtlich der einzelnen zu dem Sondervermögen gehörigen Gegenstände im Sinne der Behandlung des Vermögens als Einheit eigenartig ausgestaltet wird, hängt von der Vereinbarung oder der Anordnung des Erblassers ab. Dies gilt namentlich auch bei dem Niefsbrauch an einem Erwerbsgeschäft[89]. Dagegen mufs hinsichtlich der als Passivbestandteile des Sondervermögens zu erachtenden Schulden ohne weiteres die Vermögenseinheit durchgeführt und den Gläubigern ein unantastbares Recht auf Befriedigung aus den dem Niefsbrauch unterworfenen Gegenständen und auf persönliche Inanspruchnahme des Niefsbrauchers wegen der aus den Einkünften zu bestreitenden

[86] B.G.B. § 1086. Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung sind in C.Pr.O. § 737—738 geregelt.

[87] B.G.B. § 1088 Abs. 1—2. Voraussetzung ist, dafs die Forderung schon bei Bestellung des Niefsbrauchs verzinslich oder auf wiederkehrende Leistungen gerichtet war.

[88] Der Vermögensherr hat das Recht, bei Fälligkeit einer Forderung (jedoch, soweit der Niefsbraucher sie aus den Einkünften zu befriedigen hat, erst bei dessen Verzug) die zur Schuldentilgung erforderlichen Gegenstände nach billiger Auswahl zurückzuverlangen; er hat die Pflicht, insoweit, als die zurückgegebenen Gegenstände ausreichen, den Gläubiger zu befriedigen. Der Niefsbraucher hat das Recht, den Gläubiger in ordnungsmäfsiger Weise aus dem Vermögen zu befriedigen und bei Gefahr im Verzuge zu diesem Zweck, soweit er nicht Deckung in dem von ihm zu ersetzenden Wert verbrauchbarer Sachen empfangen hat, auch einen geeigneten Vermögensgegenstand zu veräufsern; er hat die Pflicht, die aus den Einkünften zu bestreitenden Zinsen und wiederkehrenden Leistungen zu berichtigen. B.G.B. § 1087 u. 1088 Abs. 3.

[89] Über einen durch Erbvertrag begründeten Niefsbrauch an einem Handelsgeschäft als Vermögenseinheit vgl. Beschl. des O.L.G. Dresden b. Seuff. XLV Nr. 109. Mangels anderer Bestimmung wird auch künftig anzunehmen sein, dafs dem Niefsbraucher der sich aus dem Betriebe ergebende jährliche Reingewinn, wie dies in § 1655 des B.G.B. für die elterliche Nutzniefsung vorgeschrieben ist, gebührt; vgl. Dernburg § 195 IV.

Digitized by Google

Verpflichtungen zugesprochen werden[90]. Ist jedoch dem Nießbraucher eines Handelsgeschäftes die Führung der Firma gestattet[91], so tritt die stärkere handelsrechtliche Haftung des Nießbrauchers für Geschäftsschulden ein[92].

Vierter Titel.

Die Reallasten*.

§ 148. Begriff, Geschichte, Wesen und Arten der Reallasten.

I. Begriff. Reallast (Grundlast, onus reale) ist die Belastung eines Grundstücks mit dem Recht auf Entrichtung wiederkehrender Leistungen aus dem Grundstücke[1].

[90] A. M. Planck Vorbem. 3 zu § 1085, Biermann Bem. 3 zu § 1085.

[91] Gemäß H.G.B. § 22 Abs. 2.

[92] Gemäß H.G.B. § 25. Vgl. Staub zu § 22 Bem. 25, zu § 25 Bem. 1. Abweichend K. Lehmann zu § 25 Bem. 5.

* Duncker, Die Lehre von den Reallasten, Marb. 1837. Renaud, Beitrag zur Theorie der Reallasten, Stuttg. 1846. Gerber, Zur Theorie der Reallasten, Jahrb. f. D. II (1858) S. 35 ff., VI (1863) S. 266 (Ges. Abh. S. 213 ff.). Häberlin, Z. f. D. R. XVIII (1858) S. 131 ff. Friedlieb, Jahrb. f. D. III (1859) S. 299 ff.; Die Rechtstheorie der Reallasten, Jena 1860. v. Meibom, Jahrb. des gem. R. IV (1860) S. 442 ff. Mann, Untersuchungen über den Begriff der Reallasten, Dessau 1869. v. Schwind, Die Reallastenfrage, Jahrb. f. D. XXXIII (1894) S. 1 ff. Pflüger, Über die rechtliche Natur der Reallasten, Arch. f. civ. Pr. LXXXI 292 ff. — Heusler, Inst. I 338 ff. — Eichhorn, D.P.R. § 161 ff.; Mittermaier § 172 ff.; Maurenbrecher § 319 ff.; Beseler § 96 ff.; Bluntschli § 89 ff.; Gengler, Lehrb. § 70 ff., P.R. § 73 ff.; Walter § 146 ff.; Franken § 36; Roth § 284 ff.; Gerber § 168 ff., b. Cosack § 163 ff.; Stobbe II § 100 ff., b. Lehmann § 137 ff. — Förster-Eccius, Preuß. P.R. II § 188; Dernburg, Preuß. P.R. I § 305 ff. Unger, Öst. P.R. § 63. O. Müller, Die Reallasten, nach dem B.G.B. für das Königreich Sachsen, Leipz. 1878; Haubold § 458 ff.; Heimbach § 355 ff. Behaghel, Bad. P.R. § 109 ff. Roth, Bayr. C.R. § 169 ff.; Oertmann, Bayr. Landesprivatr. § 111 ff. Reyscher, Württ. P.R. § 254 ff.; Lang § 132 ff. Paulsen, Schlesw.-Holst. P.R. § 70 ff. Platner, Kurhess. Sachenr. § 63. Bertram, Nassau. P.R. § 329 ff. Post, Brem. P.R. § 4 ff. Huber, Schweiz. P.R. III § 88, IV § 155. — Neubauer, Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Rechts der Reallasten, 1879. — Komm. zum B.G.B. § 1105—1111 v. Planck, Biermann, Kober, Fuchs u. A.; Endemann, B.R. § 108 ff.; Cosack II § 237; Dernburg III § 199 ff.; H. Lehmann § 87; Landsberg § 198.

[1] Das Recht wird auch Reallast, genauer Reallastberechtigung genannt; es kann Realrecht oder Personalrecht sein, darf daher nicht „Realrecht“ genannt werden.

Digitized by Google

II. Geschichte. Das Rechtsinstitut der Reallast, dem römischen Recht mindestens als Privatrechtsinstitut unbekannt, ist im deutschen Recht aus der Verknüpfung von Abgaben und Diensten mit Grund und Boden hervorgegangen. Seine Entwicklung und Blüte war einerseits die Folge des wirtschaftlichen Übergewichtes, das der Grundbesitz errang, andererseits der Ausdruck der Neigung, die persönlichen Abhängigkeitsverhältnisse auf den Boden abzuwälzen.

Den ältesten Keim der Reallasten bildeten die auf Grund persönlicher Unfreiheit dem Herrn geschuldeten Leistungen. Abgaben und Dienste, die den unfreien oder hörigen Leuten bei der Überlassung von Hofgütern zu selbständiger Bewirtschaftung auferlegt wurden, nahmen in dem Mafse, in dem sie das emporwachsende Hofrecht befestigte und begrenzte, zugleich die Natur von dinglichen Lasten an[2].

Mit der Entwicklung der Leiheverhältnisse entstanden Grundlasten, die lediglich auf dinglicher Abhängigkeit beruhten. Was der freie Hintersasse als Entgelt für sein Besitzrecht aus dem verliehenen oder aufgetragenen Gut an Zins oder Dienst schuldete, empfing der Grundherr kraft des ihm vorbehaltenen Eigentums oder Obereigentums. Dies wirkte aber auf die Lasten der hörigen und unfreiwilligen Besitzer zurück. Auch sie wurden mehr und mehr in reine Grundlasten verwandelt, so dafs die Standeseigenschaft auf das Gut als solches überging und Art und Mafs der Zinse und Fronden nur noch durch die von der Person des Besitzers unabhängige Beschaffenheit des Gutes bestimmt wurden[3].

Eine Fortbildung und Erweiterung des Systems der Grundlasten lag in der Radizierung der auf Grund öffentlichrechtlicher Unterwerfung geschuldeten Abgaben und Dienste. Seitdem die ursprünglich als Kirchensteuer beanspruchten Zehnten, die im Grafschafts- oder Immunitätsverbande wurzelnden Abgaben an Gerichts- und Vogteiherrn und die öffentlichen Dienste ein-

---

[2] Vgl schon Tac. Germ. c. 25: frumenti modum dominus aut pecoris aut vestis ut colono injungit; et servus hactenus paret. L. Bajuv. I, 14 § 6: servus autem ecclesiae secundum possessionem suam reddat tributa, opera vero tres dies in hebdomada in dominico operetur, tres vero sibi faciat.

[3] Vgl. über mansi ingenuiles, litiles und serviles, deren feste, jeden Besitzer treffende Belastung und die fortschreitende Radizierung der hofrechtlichen Lasten Guérard, Polyptyque I 582 ff., Waitz, V.G. VII 362 ff., Lamprecht, Deutsch. Wirtschaftsleben I 1180 ff., Stobbe-Lehmann § 137 Anm. 14—16.

Digitized by Google

schliefslich des Heeres- und Gerichtsdienstes als feste Lasten auf die Grundstücke gelegt waren, wurden die Grundlasten von der Verknüpfung mit herrschaftlichem Eigentum oder Obereigentum gelöst. Freilich erschien im Sinne des Mittelalters auch die kirchliche oder weltliche Herrlichkeit, mit der sich solche Berechtigungen verbanden, als eine zugleich die Grundstücke umspannende Oberherrschaft sachenrechtlicher Art[4]. Dafür aber trat bei den grundherrlichen Reallasten das Eigentum des Berechtigten an den belasteten Gütern hinter dem patrimonialen Herrschaftsrecht zurück.

Endlich erfolgte schon im Mittelalter die Ausbildung von Reallasten, die als selbständige dingliche Lasten rein vermögensrechtlicher Art jeden Zusammenhang mit der Herrschaftsordnung abstreiften. Es war das Stadtrecht, das mit der Hervorbringung des Rentenkaufs zuerst diese Bahn beschritt. Nach dem Vorbilde der Renten und Gülten konnten dann auch andere wiederkehrende Leistungen durch besonderes Rechtsgeschäft als selbständige dingliche Lasten auf ein Grundstück gelegt werden[5]. Zugleich aber war damit der Anstofs gegeben, bei den Grundlasten älterer Herkunft das sachenrechtliche Verhältnis dem allgemeinen Herrschaftsverhältnis gegenüber wenigstens begrifflich zu verselbständigen.

Mit der Aufnahme des römischen Rechts kam das üppige Wachstum der Reallasten zum Stillstande. Die überkommenen Reallasten aber erhielten sich und wurden im gemeinen Recht und in den Partikularrechten als sachenrechtliche Verhältnisse anerkannt. Allmählich drang die Auffassung durch, dafs es sich hier um eine zusammengehörige Gruppe eigenartiger deutschrechtlicher Gebilde handle. Doch beschränkte sich die Gesetzgebung meist auf gelegentliche Bestimmungen über Grundlasten oder die Regelung einzelner Arten von Grundlasten und nahm erst in neuerer Zeit den von der Theorie ausgebildeten Gattungsbegriff der Reallasten auf[6]. Auch erfolgte nur langsam die Auseinander-

---

[4] Sehr bezeichnend ist die Begründung des kirchlichen Zehntanspruchs in c. 26 X de decimis 3, 10 (d. a. 1199): Deus, cujus est terra ..., deterioris conditionis esse non debeat, quam dominus temporalis; .. videtur enim iniquum, si decimae, quas Deus in signum universalis dominii sibi reddi praecipiat, diminui valeant.

[5] So z. B. das bei der Gutsabtretung dem bisherigen Eigentümer vorbehaltene Altenteilsrecht, die auf ein Grundstück verwiesene Witwenrente, die Erbabfindungsrenten usw.

[6] Vgl. die Übersicht bei v. Schwind a. a. O. S. 35 ff. — Das Landr. des Herzogt. Preufsen v. 1620 IV 6, 3 § 1 charakterisiert Steuer, Zins, Scharwerk und andere Bürden als ein das Gut belastendes „Onus reale“. Die

Digitized by Google

setzung zwischen dem hier vielfach innig verwobenen öffentlichen und privaten Recht[7].

In neuerer Zeit wurden mit der Durchführung der Grundentlastung viele Reallasten beseitigt. Hatte das Stadtrecht schon seit dem Mittelalter auf die Befreiung der Grundstücke von allen Reallasten mit Ausnahme ablöslicher Geldrenten hingearbeitet, so räumte die moderne Agrargesetzgebung auch auf dem Lande mit den meisten Grundzinsen, Zehnten und Fronden und den sonstigen ewigen und unablöslichen Grundlasten auf. Die politischen Bestrebungen auf Wegschaffung der Reste der alten Herrschaftsordnung und die wirtschaftlichen Neigungen zur Entfesselung des Eigentums reichten sich hierbei die Hand. Gleichzeitig wurde die Neubegründung der aufgehobenen oder auf Grund der Ablösungsgesetzgebung ablösbaren Reallasten verboten.

Doch blieb in Deutschland das Rechtsinstitut der Reallasten als solches von der Grundentlastung unberührt. Nur das französische Recht hat die Reallasten völlig abgeschafft. Im übrigen wurde, von dem Fortbestande ablösbarer Reallasten bis zur Durchführung der Ablösung abgesehen, auch die Neubegründung gewisser Reallasten nach wie vor zugelassen und zum Teil sogar, wie durch die preufsische Rentengütergesetzgebung, der Kreis der zulässigen Reallasten wieder erweitert. Demgemäfs hat auch das B.G.B. die Reallasten anerkannt und geregelt[8], stellt aber dem Landesrecht ihre Ausschliefsung oder Einschränkung frei[9].

Kursächs. Proz.O. v. 1622 t. 42 § 6 fafst Steuern, Zehnten und Renten als „Onera realia" zusammen. Der Cod. Max. Bav. civ. begreift die Reallasten unter den Servituten (II c. 7 Nr. 1) und handelt besonders vom Zehntrecht (II c. 10) und den Fronden (II c. 11). Das Preufs. L.R. erwähnt den Gattungsbegriff der „Reallasten" nur gelegentlich (I, 20 § 154—156) gegenüber dem Recht des Nutzungspfandgläubigers und handelt im übrigen nur von einzelnen Arten (bes. II, 7 § 308 ff., 472 ff., II, 11 § 857 ff.). Das Bad. L.R. Art. 710a sq. regelt Zehnten, Gülten und Zinsen. Das Österr. Gb. spricht nur in § 443 von den auf einer unbeweglichen Sache haftenden „Lasten". Allgemein tritt der Gattungsbegriff der Reallasten in den Ablösungsgesetzen auf. Als besonderes sachenrechtliches Institut sind die Reallasten im Sächs. Gb. § 505 ff. geregelt.

[7] Eine volle Scheidung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Reallasten wurde erst mit dem Schwinden der Patrimonialrechte durchführbar.

[8] B.G.B. § 1105—1112. Auch der Schweiz. Entw. § 775—786 regelt die „Grundlasten". — Für die älteren Reallasten bleibt nach E.G. Art 184 das bisherige Recht in Kraft. Doch sind sie durch einige A.G. zum B.G.B. den Vorschriften des neuen Rechts unterstellt; so Weim. § 50, Kob.-Goth. Art. 36 § 2, Meining. Art. 18 § 2 (mit Vorbehalten in § 3), Altenb. § 85.

[9] E.G. Art. 115. Das Rechtsinstitut der Reallasten als solches kann vom

Digitized by Google

III. Wesen. Das rechtliche Wesen der Reallasten bildet den Gegenstand eines alten Streites.

1. Nach der Auffassung des älteren deutschen Rechts sind die Reallasten zweifellos sachenrechtliche Gebilde. Das Grundstück als solches ist mit der Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen belastet und für deren Entrichtung verhaftet, wie dies die Quellen in immer wiederkehrenden Wendungen dahin ausdrücken, dafs das Gut, der Hof, die Hufe usw. schulde, Zehnt oder Zins geben, Frondienste leisten oder Gült zahlen solle[10]. Der jeweilige Besitzer des Grundstückes ist nur um des Besitzes willen und während der Dauer seines Besitzes verpflichtet und haftet nur mit den Kräften des Gutes. Das gegenüberstehende Recht ist ein Herrschaftsrecht an der Sache; ursprünglich Bestandteil eines umfassenderen Herrschaftsrechtes am Grundstücke, löst es sich später von diesem als besonderes Herrschaftsrecht ab. Gleich anderen dinglichen Rechten erscheint es in einer Gewere, sei es in einer durch den Nutzungsbezug aus dem Gute bewährten oberen Sachgewere über der lediglichen Gewere des Besitzers, sei es dann in einer blofsen Rechtsgewere an dem Zins oder der Rente[11]. Die Begründung erfolgt durch dingliches Rechtsgeschäft, durch Vorbehalt bei einer Beleihung oder Auflassung oder durch besondere Auflassung[12]. Die Reallasten werden in die Grundbücher eingetragen[13]. Sie geniefsen dinglichen Rechtsschutz. Das ganze Rechtsverhältnis trägt so durchweg die Züge einer Verteilung der Sachherrschaft. Dabei aber liegt die Auffassung zugrunde, dafs den Gegenstand der Sachherrschaft nicht das Grundstück als blofser Sachkörper, sondern das Grundstück als Träger eines wirtschaftlichen Bereiches bildet. Objekt des Eigentums und der vom Eigentum abgespalteten Rechte ist das Grundvermögen im Sinne einer

---

Landesrecht nicht abgeschafft werden und behält überall schon wegen B.G.B. § 914 Abs. 3, 917, 1021 Abs. 2 u. 1022 praktische Bedeutung. Übrigens ist durch die A.G. zum B.G.B. die Bestellung von Reallasten durchweg nur beschränkt, so dafs auch in den Gebieten des französischen Rechts gewisse Reallasten wieder begründet werden können.

[10] Gierke, Gen.R. II 106 ff.

[11] Vgl. oben § 113 Anm. 20 u. 23 einerseits, Anm. 64 andererseits.

[12] Vgl. oben § 117 Anm. 48, 51 u. 56 u. unten § 152.

[13] Verzeichnisse der von abhängigen Höfen geschuldeten Abgaben und Dienste haben zum Teil die Entwicklung der Grundbücher eingeleitet, Eintragungen von Renten in die Stadtbücher oder besondere Rentenbücher haben bei der Ausbildung des Grundbuchrechts eine wichtige Rolle gespielt; oben Bd. I 294 ff.

Digitized by Google

produktiven Sacheinheit. Als Bestandteile des Grundvermögens gelten insbesondere auch die dem Grundstücke zugehörigen Fahrnisstücke, seine Erträge an Früchten, Vieh und Gelderlös und die ihm dienenden Arbeitskräfte. So erscheint denn auch die Verpflichtung zur Abgabe eines Teiles der Erträge oder der Arbeit als eine das Grundvermögen für den Besitzer schmälernde dingliche Last, das Recht auf den Empfang dieser Leistungen aus dem Grundvermögen als ein aus dem Eigentum herausgehobenes dingliches Recht. Unverkennbar hängt diese Auffassung, soweit sie sich auf die Arbeitskräfte erstreckt, mit der alten Grundhörigkeit zusammen; gerade darum mufsten die Fronden, sobald die Arbeit nicht mehr als Zubehör des Bodens, sondern als Ausflufs der freien Persönlichkeit empfunden wurde, dem Rechtsbewufstsein widerstreben. Offenbar wurzeln ferner die Reallasten, soweit sie unmittelbar den Fruchtertrag ergreifen, im System der Naturalwirtschaft; gerade darum mufsten die Zehnten und die Naturalzinse durch die Entwicklung der Geldwirtschaft veralten. Dagegen entsprechen die dinglichen Geldrenten der Behandlung des Grundstücks als eines zur Hervorbringung einer Bodenrente befähigten und bestimmten Bodenkapitals; darum wurden sie vom Stadtrecht bevorzugt und mehr und mehr im Sinne einer Auffassung ausgestaltet, die im Grundvermögen eine Werteinheit und im Rentenbezugsrecht ein dingliches Wertanteilsrecht erblickte[14].

2. Auch nach der Rezeption erhielt sich in Theorie, Praxis und Gesetzgebung die Behandlung der Reallasten als sachenrechtlicher Verhältnisse. Kam dies doch schon in dem jetzt erst geprägten Gattungsnamen „Reallast“ oder „onus reale“ zu unzweideutigem Ausdruck[15]. Sobald man aber den Versuch machte, die Reallasten mit den vom römischen Recht gebotenen Begriffen zu konstruieren, wurde man durch ihren auf ein Tun gerichteten Inhalt in Verlegenheit gesetzt. Hauptsächlich waren es zwei Theorien, die einander gegenübertraten. Eine mehr romanistische Theorie verlegte, um mit dem römischen Begriff der jura in re aliena in Einklang zu bleiben, den sachenrechtlichen Inhalt der Reallasten ausschliefslich in eine pfandartige Haftung der Sache, erklärte dagegen die zugrunde liegende Leistungspflicht im Wider-

[14] Unten § 152.

[15] Oben Anm. 6. Besonders bestimmt heifst es in der latein. Übersetzung des Preufs. L.R. von 1620 (d. a. 1623, b. Kraut § 111 Nr. 10b): census enim et publicarum pensitationum onera realia sunt, quae personam minime concernunt, sed cum ipsa re in emptorem transeunt.

Digitized by Google

spruch mit der tatsächlichen Rechtsgestaltung für eine gewöhnliche Obligation; sie gelangte daher zu der Annahme eines Forderungsrechts, mit dem eine Hypothek verbunden sei[16]. Eine mehr germanistische Theorie hielt im Einklang mit der tatsächlichen Rechtsgestaltung daran fest, daſs die Leistungspflicht selbst zum Inhalt des sachenrechtlichen Verhältnisses gehöre, vergewaltigte aber, um ein solches dingliches Recht auf ein Tun unter den jura in re aliena unterzubringen, den römischen Servitutenbegriff; sie konstruierte daher die Reallasten als servitutes faciendi oder servitutes juris Germanici[17].

3. In der neueren Zeit wurde der Streit über das Wesen der Reallasten durch die Reinigung der römischrechtlichen Begriffe einerseits und die Wiederanknüpfung an die deutschrechtlichen Begriffe andererseits zugleich verschärft und vertieft. Es entstand eine Fülle verschiedener Theorien, die zum Teil auch auf die Praxis und die Gesetzgebung Einfluſs gewannen. Den Hauptstreitpunkt bildete nach wie vor die Frage, ob und inwieweit die Reallast ein Forderungsrecht oder ein dingliches Recht begründe. Doch ist auch eine Theorie aufgetaucht, die diese Frage von vornherein durch die überraschende Entdeckung abschnitt, daſs die Reallasten überhaupt keine Rechte, sondern nur Wirkungen schwebender Bedingungen seien[18]. Eine andere Theorie lehnt die Unterstellung

---

[16] So Carpzov, Jurispr. Rom.-Saxon. I c. 28 d. 54; Schilter, Prax. jur. Rom. exerc. 39 § 96; Mevius, Jus Lubec. p. 7 dec. 49. Ähnlich noch Unterholzner, Verjährung (1828) II § 254. — Dieselbe Auffassung war in Frankreich verbreitet; Loysel, Inst. coutumières (1846) liv. IV t. 1 Nr. 2; Egger, Vermögenshaftung u. Hypothek nach fränk. R. (unten § 155 Anm. 1) S. 186 ff., 198 ff. — Unerklärt blieb dabei, daſs die angebliche persönliche Schuld mit dem Wechsel des Grundbesitzes ihr Subjekt wechselt. Vgl. Duncker a. a. O. S. 6 ff., Friedlieb, Reall. S. 120 ff., 154 ff., v. Meibom a. a. O. S. 459 ff., Müller a. a. O. S. 81 ff., Stobbe-Lehmann S. 50.

[17] Titius, Diss. de servitute faciendi, Lips. 1710; Gerhard, Diss. de serv. in faciendo consistentibus, Jen. 1710; Heineccius, El. jur. Germ. I c. 2 t. 5 § 131 ff.; Schmidt, Princ. jur. Germ. II t. 26 § 203; v. Selchow, El. jur. Germ. § 567 ff.; Bluhme, Encykl. § 212 ff.; so auch Bayr. L.R. II c. 7 § 2 Nr. 1 u. Kreittmayr Anm. c; ältere Österr. G. b. Unger I 558 Anm. 17; Seuff. II Nr. 80, XVIII Nr. 15, XXXIV Nr. 16. — Vgl. Duncker a. a. O. S. 11 ff., Friedlieb S. 124 ff., 156 ff., Gengler, Lehrb. S. 286.

[18] Mann a. a. O.; das Eigentum am Grundstück sei resolutiv bedingt durch Nichtleistung, dem Berechtigten stehe ein suspensiv bedingtes Recht am Grundstücke für den Fall der Nichtleistung zu. Obschon Schütze, Krit. V.Schr. XII 123 ff., diese Theorie für „des Rätsels Lösung“ erklärte und mit der Entdeckung der Nilquellen verglich, bedarf die verkünstelte Konstruktion

Digitized by Google

der Reallasten unter den Begriff der Forderungsrechte oder der dinglichen Rechte deshalb ab, weil sie in ihnen selbständige Gerechtigkeiten erblickt, die das deutsche Recht überhaupt nur als Gegenstände des Sachenrechts aufgefaſst habe [19]. Im übrigen zerfallen die Theorien in drei Gruppen, je nachdem sie den Reallasten einen obligationenrechtlichen, einen gemischten oder einen sachenrechtlichen Inhalt zuschreiben.

a. Die obligationenrechtlichen Theorien gehen von der Annahme eines persönlichen Schuldverhältnisses aus, das nur durch äuſserliche Zutaten eine sachenrechtliche Gestalt empfange. Auf romanistischem Boden entsprang die Lehre, daſs die Reallast eine Zustandsobligation mit unbestimmtem Subjekt sei [20]. Von germanistischer Seite wurde dabei auch die Vorstellung einer äuſserlichen Bekleidung der Obligation mit dem Gewande des Immobiliarsachenrechts verwandt [21]. Von anderer Seite wurde der Begriff der actio in rem scripta herangezogen und hiermit die alte Theorie einer pfandrechtlichen Haftung des Grundstückes in Ver-

---

keiner ernsthaften Widerlegung. Der quellenmäſsige Beweis beruht auf einer Wortverwechselung, indem, wo von Hingabe oder Empfang eines Gutes „tali condicione" die Rede ist, darunter eine Bedingung im technischen Sinne verstanden wird. Im übrigen sind alle wirklich geltenden Rechtssätze auf den Kopf gestellt, um die ungeheuerliche Vorstellung dieser zahllosen während vieler Jahrhunderte schwebenden Bedingungen zu ermöglichen. Vgl. Roth, Krit. V.Schr. XII 490 ff., Stobbe-Lehmann S. 57.

[19] So Heusler a. a. O., der die zweifellose Tatsache, daſs das deutsche Recht die Reallastberechtigungen als unkörperliche Sachen objektivierte, in die unhaltbare Behauptung verkehrt, daſs derartige Rechte nur als Rechtsobjekte behandelt seien, und bei seiner Kategorie der lokalisierten, an die Stätte gebundenen Herrschaftsrechte die entscheidende Frage nach dem Gegenstande der Herrschaft ganz ungelöst läſst. Vgl. gegen ihn oben Bd. I 706 Anm. 13 und bezüglich der Reallasten insbesondere v. Schwind a. a. O. S. 99 ff.

[20] So zuerst Seuffert, Baurecht (1819) S. 72; dann Puchta, Vorles. (1847) § 148; eingehend Gerber, P.R. (1848) § 167, Jahrb. f. D. II 35 ff. u. VI 266 ff.; weiter Savigny, O.R. I 134, Friedlieb, Reallast. S. 135 ff., 172 ff., Randa, Besitz § 24 Anm. 34, Stobbe § 101. Die Unvereinbarkeit einer Obligation, bei der die Person des Schuldners unbestimmt ist und erst durch den jeweiligen Besitz eines Grundstückes bestimmt wird, mit den Grundbegriffen des römischen Rechts wird meist zugegeben. Stobbe verweist auf die Analogie der Inhaberpapiere; wie bei diesen das Recht an das Papier, sei hier die Pflicht an das Grundstück geknüpft. Diese Analogie spricht aber vielmehr für die Dinglichkeit.

[21] Albrecht, Krit. Jahrb. V (1839) S. 316 ff.; Hillebrand, P.R. § 160 ff.

Digitized by Google

bindung gesetzt[22]. Alle diese Theorien fassen die Reallast im Ganzen als eine an den Tatbestand des Grundbesitzes geknüpfte einheitliche Obligation auf, die sich in die einzelnen Leistungspflichten spaltet, ohne sich in ihnen zu erschöpfen[23]. Da aber eine derartige Obligation den römischen Grundbbegriffen widerspricht, hat man neuerdings den Versuch unternommen, das Dasein eines auf das Ganze gerichteten einheitlichen Rechts überhaupt zu bestreiten und die Reallast als eine blofse Summe einzelner Obligationen, die unter bestimmten Voraussetzungen für den Grundbesitzer entstehen, zu konstruieren[24]. Damit hat die gewaltsame Umdeutung der Lebenserscheinung den Gipfelpunkt erreicht.

b. Die Mischtheorien erblicken das Wesen der Reallast in einer inneren Verbindung von obligationenrechtlichem und sachenrechtlichem Inhalt. Eine sehr verbreitete Meinung geht dahin, dafs die Reallast im Ganzen eine dingliche Belastung des Grundstücks, die Verpflichtung zur einzelnen Leistung eine persönliche Schuld sei[25]. Dabei sucht man in verschiedener Weise, jedoch stets erfolglos, den Widerspruch zwischen dem Wesen des Ganzen und des Teils zu erklären[26]. Andere Theorien halten an der gleichartigen Beschaffenheit des Rechtes im Ganzen und der Rechte auf die

---

[22] Kohler, Pfandrechtl. Forsch. (1882) S. 58 ff.: obligationes in rem scriptae verbunden mit pfandhafter Belastung des Grundstücks; anders jetzt Arch. f. c. Pr. (1901) S. 162 (ein dem Pfandrecht verwandtes Recht). — Die actio in rem scripta figuriert schon bei Seuffert, Pand. I § 23. Von einer obligatio in rem scripta sprechen auch Lehmann b. Stobbe S. 63 (unten Anm. 28) und Cosack, B.R., 3. Aufl. II 274.

[23] Vgl. bes. Gerber, Jahrb. f. D. II 47, VI 266 ff. Stobbe § 101 parallelisiert die einzelnen Leistungspflichten mit den Zinsverpflichtungen aus einer in einem Inhaberpapier verkörperten Obligation.

[24] Mitteis, Die Individualisierung der Obligation (1886) S. 35. Auch v. Schwind a. a. O. S. 120 ff. hält den Gesamtbegriff für eine bloße Abstraktion, geht aber nicht so weit, wie Mitteis.

[25] So zuerst Wächter, Erörter. I 121, Württ. P.R. II 310 ff. Ferner Unger I 553 ff.; Maurenbrecher § 320; Walter § 148; Beseler § 190 Anm. 5; v. Meibom, Jahrb. des gem. R. IV 503 ff.; Förster § 188; Eck, Art. „Reallasten“ in Holtzendorffs Rechtslex. III 265; Kühnast, Untersuchung des Begriffs der Grundschuld, 1877, S. 59 ff.; für das Bayr. R. auch Roth, Bayr. C.R. § 171 Anm. 15; Kyllmann, Ist die Reallast ein dingliches Recht? Berlin 1892. — Ebenso R.Ger. XVI Nr. 30.

[26] Beseler a. a. O. meint, es handle sich nicht um Teile, sondern um Folgen des dinglichen Rechtsverhältnisses. Kühnast a. a. O. S. 60 spricht von einer „Funktion“ des dinglichen Rechts. v. Meibom a. a. O. S. 504 von „Früchten“ der Gesamtberechtigung. — Vgl. dagegen Albrecht a. a. O. S. 317, Stobbe § 101, G. Hartmann, Obligation S. 151 Anm. 5.

Digitized by Google

einzelnen Leistungen fest, nehmen aber in beiderlei Hinsicht eine Mischung von Forderungsrecht und dinglichem Recht an. Zum Teil stellen sie zu diesem Behuf einen wenig abgeklärten Zwischenbegriff auf[27]. Zum Teil erklären sie die Reallast ihrem Kern nach für eine Obligation und gestehen nur zu, daſs sich mit dem Forderungsrecht gegen den jedesmaligen Besitzer ein dingliches Recht am Grundstücke verbindet[28]. Zum Teil endlich rücken sie das sachenrechtliche Verhältnis in den Vordergrund und nehmen nur an, daſs für das Wesen der Reallast zugleich ein obligationenrechtlicher Inhalt bestimmend sei[29].

c. Die sachenrechtlichen Theorien halten die Reallastberechtigung sowohl im Ganzen wie hinsichtlich der einzelnen Leistungen für ein dingliches Recht und nehmen daher den Anspruch auf ein Tun des Besitzers in den Inhalt des Rechtes am Grundstück auf. Sie können natürlich nicht leugnen, daſs vielfach eine persönliche Verpflichtung des jeweiligen Besitzers zur Entrichtung der in seiner Besitzzeit fälligen Leistungen besteht. Allein sie sehen hierin, weil die persönliche Verpflichtung fehlen kann und oft fehlt, kein Wesensmerkmal der Reallast. Und sie meinen, daſs die persönliche Verpflichtung da, wo sie gilt, nur als akzessorisches Element zu der die Leistungspflicht einschlieſsenden ding-

---

[27] So den Begriff der „subjektiv dinglichen Rechte“, den Runde, Leibzucht II § 26, und Eichhorn, P.R. § 162, verwerten. Oder den Begriff der „dinglichen Forderungsrechte“, der sich bei Mittermaier § 325 (bis zur 3. Aufl.), Reyscher I § 255 u. Ortloff § 232 findet. Denselben Namen verwendet Pflüger a. a. O. S. 292 ff., der aber von einem besonderen Begriff der Dinglichkeit ausgeht. Ein durchweg aus dinglichen und obligatorischen Elementen gemischtes Recht nimmt auch Schmidt, Sächs. R. I 307, an. — Vgl. über und gegen diese Theorie Wächter II 314 ff., Duncker S. 28 ff., Friedlieb S. 128 ff., Stobbe-Lehmann S. 55

[28] So O. Müller a. a. O. S. 6 ff., Cosack b. Gerber § 163, auch Kohler (oben Anm. 22). Insbesondere aber auch Lehmann b. Stobbe S. 60 ff. (vgl. auch B.R. § 87), der die Dinglichkeit der Reallasten nach älterer deutscher Rechtsauffassung zutreffend darlegt, für das heutige Recht jedoch einen damit unvereinbaren Begriff des dinglichen Rechts aufstellt. Die Reallasten sind nach ihm heute in erster Linie Forderungsrechte, enthalten aber vielfach Bestandteile, in denen die ehemalige Dinglichkeit nachwirkt. Ihr Wesen ist das einer obligatio in rem scripta, verbunden, soweit der Leistungsinhalt es zuläſst, mit einem dinglichen Benutzungsrecht oder einem dinglichen Aneignungsrecht an Ertragsteilen, geschützt meist durch ein bedingtes Veräuſserungsrecht.

[29] So Dernburg, B.R. § 199 III u. IV, Cosack, B.R. § 237 (rein dingliches Recht aber am eignen oder herrenlosen Grundstück), Endemann, B.R. § 108, Landsberg § 162 Z. 7 c, § 197.

Digitized by Google

lichen Last hinzutritt. Im übrigen suchen sie die Möglichkeit eines derartigen dinglichen Rechts auf verschiedene Weise zu begründen. Manche begnügen sich, den Begriff der servitutes faciendi durch den Begriff eines eigenartigen dinglichen Rechts auf wiederkehrende Leistungen aus der belasteten Sache zu ersetzen[30]. Andere glauben jede Schwierigkeit am einfachsten dadurch lösen zu können, dafs sie unter Berufung auf die Redeweise der Quellen das Grundstück selbst zum Schuldner erheben und den jedesmaligen Besitzer nur zur Vertretung des leistungspflichtigen Grundstücks berufen[31]. Wieder Andere erklären die Dinglichkeit der Reallastberechtigung aus ihrer ursprünglichen Zugehörigkeit zu einem umfassenderen Herrschaftsrechte am Grundstücke[32]. Endlich ist mehrfach die Erkenntnis durchgedrungen, dafs die Dinglichkeit der Reallasten mit der deutschrechtlichen Erweiterung des Sachbegriffs zusammenhängt. In diesem Sinne wurde aus der Erstreckung der Gewere am Grundstück auf die zugehörige Fahrnis die Theorie einer die Dinglichkeit der Reallasten vermittelnden Teilung der Gewere abgeleitet[33]. Von anderer Seite aber wurde mehr oder minder deutlich darauf hingewiesen, dafs es der auch die Arbeitskräfte und die Grundrente umfassende Begriff der Gutseinheit sei,

---

[30] So Häberlin a. a. O. S. 147 ff. (die einzelne Leistung wird nach ihm durch Verzug zu persönlicher Schuld). Vgl. auch Sohm, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. V 36; Seuff. XVII Nr. 85; R.Ger. XXIV Nr. 37.

[31] Am schroffsten führt Duncker a. a. O. S. 61 die Personifikation des Grundstücks durch. Ähnlich Wolff I § 123, der den Besitzer des säumigen Grundstücks gleich dem Eigentümer eines Schaden stiftenden Tieres haften läfst. Vgl. aber auch Unger I 557, v. Meibom a. a. O. S. 453 u. 455, Seuff. XXIV Nr. 256 (der jedesmalige Besitzer habe als Vertreter des Grundstücks zu leisten), Buchka u. Budde V 193 (obligatio rei). — Wird mit der juristischen Persönlichkeit des Grundstücks Ernst gemacht, so geht die Theorie in die obligationenrechtliche Auffassung über; Unger I 559 Anm. 20, Renaud S. 18 ff, Friedlieb S. 165 ff., Stobbe-Lehmann § 138 Anm. 22.

[32] So Albrecht, Gewere S. 165 ff., der diese Ansicht später aufgegeben hat; Phillips § 117. Dabei bleibt die Dinglichkeit der verselbständigten Reallasten unerklärt. Vgl. Duncker S. 43 ff., Stobbe-Lehmann S. 57 ff.

[33] Zunächst von Albrecht a. a. O., besonders aber von Renaud a. a. O. S. 22 ff. Doch weifs Renaud auf diesem Wege nur die auf Naturalabgaben in Früchten oder Vieh gerichteten dinglichen Berechtigungen zu erklären. Die Fronden scheidet er ganz aus, bei den Geldrenten behilft er sich mit der Annahme einer Übertragung der fertigen Form. Aufserdem gelangt er nur zu einem Recht, den Zins zu nehmen, nicht zu einer Pflicht, ihn zu geben.

Digitized by Google

aus dem sich die Auffassung der Reallast als eines ausgesonderten Teiles der Sachherrschaft ergebe[84].

4. Das wahre Wesen der Reallast ist in der Tat auch für das heutige Recht nur mit Hülfe der deutschrechtlichen Anschauungen zu bestimmen, die im Laufe der Zeit zwar eine Umbildung erfahren haben, in ihrem Kern jedoch erhalten und nach mannigfacher Verdunkelung im modernen Recht und namentlich auch im neuen bürgerlichen Recht wieder zum Durchbruch gelangt sind[85].

Die Reallast ist Belastung eines Grundstücks mit einem begrenzten dinglichen Recht. Als solche wird sie vom B.G.B. deutlich gekennzeichnet und den allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken unterworfen. Auch kann kein Zweifel daran obwalten, dafs nicht blofs die Reallast im Ganzen, sondern auch jede einzelne fällige Leistung den Inhalt des dinglichen Rechtes bildet[86]. Nach der gesetzlichen Regel entspringt jedoch der dinglichen Last zugleich eine persönliche Haftung des Eigentümers für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen. Diese persönliche Haftung ist kein wesentlicher Bestandteil der Reallast. Denn sie kann ausgeschlossen werden[87]. Überdies fehlt sie bei manchen bestehenden Reallasten. Auch fällt sie natürlich weg, wenn das belastete Grundstück in das Eigentum des Berechtigten gelangt oder herrenlos wird. Besteht keine persönliche Haftung, so erschöpft sich das Rechtsverhältnis in seinem

---

[84] So Gengler, Lehrb. S. 301 ff., Arnold, Zur Gesch. des Eigent. S. 85 ff., besonders aber für das ältere Recht Lehmann b. Stobbe S. 60. B.R. § 87 I. — Hierher gehört auch die Auffassung der Bestellung einer Reallast als Veräufserung eines intellektuellen Teiles des Eigentums (Aufnahme ins Miteigentum) bei Runde, Leibzucht S. 411 ff.

[85] Da dieselben deutschrechtlichen Grundbegriffe, die bei der Reallast lebendig geblieben sind, in anderer Gruppierung vom modernen Grundpfandrecht verwendet werden, kann die nähere Darlegung erst später erfolgen. Erst die Heranziehung des Grundpfandrechts erbringt zugleich die volle Widerlegung der Behauptung Lehmanns (S. 61 ff.), dafs die ältere deutsche Auffassung mit den heutigen sachenrechtlichen Grundbegriffen unvereinbar sei. — Bei der Bestimmung des heutigen Wesens der Reallast ist vom B.G.B. auszugehen. An sich bleibt es natürlich möglich, ältere Reallasten abweichend zu konstruieren. Doch wäre ein solches Verfahren nur gerechtfertigt, wenn positive Rechtssätze dazu zwängen. Dies ist aber nicht der Fall.

[86] Dies ergibt sich aus B.G.B. § 1105 Abs. 1 in Verbindung mit § 1107 und dem Wörtchen „auch" in § 1108 Abs. 1.

[87] B.G.B. § 1108.

Digitized by Google

sachenrechtlichen Inhalt[38]. Ist die persönliche Haftung begründet, so tritt, da die persönliche Haftung ein Schuldverhältnis voraussetzt, ein obligationenrechtlicher Inhalt hinzu. Allein dieses Forderungsrecht ist ein abgeleiteter und nebensächlicher Bestandteil der Reallastberechtigung. Notwendig mufs ihm ein dingliches Recht gleicher Art zugrunde liegen, wie es im Falle mangelnder persönlicher Haftung ausschliefslich besteht. Immer also bildet den Kern des Rechtes auf die einzelne fällige Leistung ein Recht an der Sache, dessen Wesen durch den akzessorischen Anspruch gegen die Person nicht verändert wird[39].

Seinem Inhalte nach ist das dingliche Recht grundsätzlich ein Nutzungsrecht. Es richtet sich auf „wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke". Daher ergreift es in erster Linie den Gebrauchswert, nicht den Tauschwert der Sache. Das Grundstück soll dauernd dem Berechtigten einzelne Nutzungen verschaffen, die an sich dem Eigentümer gebühren. Es mufs sich also um Leistungen handeln, die mit den Mitteln und Kräften des Gutes bewirkt werden können. Sollen aber überhaupt wiederkehrende Leistungen „aus dem Grundstücke" möglich sein, so mufs unter „Grundstück" eine Sacheinheit verstanden werden, in der die zu leistenden Vermögensgegenstände enthalten sind. Eine solche Sacheinheit bildet das Grundstück nur, wenn es in Verbindung mit seiner wirtschaftlichen Einrichtung als ein Grundvermögen aufgefafst wird, das die seinem Dienst gewidmeten körperlichen und unkörperlichen Gegenstände einschliefslich eines gewissen Tätigkeitsbereiches mitumfafst und Erträge in Frucht oder Rente abwirft. Erscheinen aber die Leistungsgegenstände als Sachnutzungen, so kann auch die Leistungshandlung in den Inhalt des dinglichen Nutzungsrechtes aufgenommen werden. Denn die dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zugemutete Handlung ist nur das Mittel, um dem Berechtigten die ihm gebührende Grundstücksnutzung in Gestalt von Naturalfrüchten, Geldrente oder Diensten zuzuführen. So entspricht dem Bekommensollen des Berechtigten ein Leistensollen, das als Passivbestandteil des Grundvermögens den jeweiligen Eigentümer be-

---

[38] Dann entspricht also das Recht auf die einzelnen Leistungen in dieser Hinsicht vollkommen dem Recht auf Grundschuldzinsen oder Renten aus Rentenschuld.

[39] Hierin liegt der Unterschied von dem Recht auf Hypothekenzinsen, bei dem begrifflich das persönliche Forderungsrecht das Hauptrecht und das dingliche Recht das Nebenrecht ist.

Digitized by Google

schwert und als dingliche Schuld bezeichnet werden kann[40]. Die auf ein Tun gerichtete dingliche Last als solche legt freilich dem Eigentümer keinerlei persönliche Verpflichtung auf und begründet gegen ihn keinerlei persönlichen Anspruch. Allein sie verpflichtet ihn als Eigentümer für die Dauer und den Bereich seiner Grundvermögensträgerschaft und erzeugt gegen ihn einen hiernach bemessenen dinglichen Anspruch[41].

Weil und soweit nun aber das dingliche Nutzungsrecht einen dinglichen Anspruch auf die einzelne fällige Leistung enthält, bedarf es notwendig der Ergänzung durch ein dingliches Haftungsrecht, durch das allein die Erfüllung der dinglichen Schuld gewährleistet wird. Die Sachhaftung bildet also einen Wesensbestandteil der Reallast, da ohne sie die Reallastberechtigung als dingliches Recht nicht erzwingbar und somit kein in sich vollendetes Sachherrschaftsrecht wäre. Hierdurch nähert sich die Reallast den Grundpfandrechten. Allein während die Grundpfandrechte in erster Linie Haftungsrechte sind, bleibt die Reallastberechtigung ein durch Sachhaftung gesichertes Nutzungsrecht. Dies zeigt sich namentlich darin, dafs hier für das Recht im Ganzen eine selbständige Sachhaftung nicht besteht[42]. Vielmehr gleicht in Ansehung der Haftung des Grundstücks für das Recht im Ganzen die Reallast den Dienstbarkeiten[43],

[40] Der Begriff der „dinglichen Schuld" ist im Grundpfandrechte zu rechtfertigen. Cosack, B.R. § 237, spricht nach dem Vorgange von v. Meibom u. A. von einer „Realobligation". Damit wird aber der Begriff ins Obligationenrecht hineingeschoben und überdies die Sonderung der Haftung von der Schuld nicht ausgedrückt. Durchaus unzutreffend ist die Konstruktion als „Naturalobligation", die Lehmann b. Stobbe S. 166 vorschlägt.

[41] Die dingliche Klage ist nicht auf Leistung schlechthin, sondern auf Leistung aus dem Grundstück zu richten. Als korrekt im Sinne des B.G.B. gilt es, sie überhaupt nur auf Feststellung der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen Nichtleistung zu stellen. Darin kommt aber nicht die Nichtexistenz, sondern nur die rein sachenrechtliche Natur der dinglichen Schuld zum Ausdruck.

[42] Darum hat der Berechtigte wegen der noch nicht fälligen Leistungen im Falle der Entwertung des Grundstücks durch Verschlechterung nicht die dem Grundpfandgläubiger nach § 1133 ff. zustehenden Rechte. Auch hat er wegen einer etwaigen Ablösungssumme nicht ohne weiteres das nach § 1200 bei der Rentenschuld bestehende Recht der Befriedigung aus dem Grundstücke. Vgl. unten § 149 II 1 S. 724. — Im übrigen tritt, wenn einerseits eine ablösbare Geldrente als Reallast mit Ausschliefsung der persönlichen Verpflichtung, andererseits eine Rentenschuld mit Ausschliefsung des Rentenschuldbriefes bestellt ist, der begriffliche Unterschied praktisch kaum zutage.

[43] Die Sachhaftung ist also subsidiär und tritt nur hervor, wenn durch einen aufserhalb des Reallastverhältnisses entspringenden Vorgang (Zwangsversteigerung, Enteignung) dem Gebrauchswert der Tauschwert substituiert wird.

Digitized by Google

von denen sie sich andererseits durch das Haftungsverhältnis hinsichtlich der einzelnen Leistungen grundsätzlich unterscheidet[44].

IV. Arten. Die Reallasten lassen sich unter verschiedenen Gesichtspunkten in Arten einteilen.

1. Vor allem sind heute von den privatrechtlichen Reallasten die öffentlichrechtlichen Lasten der Grundstücke, die im älteren deutschen Recht mit ihnen zusammenflossen, scharf zu sondern. Sie sind für das geltende Recht überhaupt nicht „Reallasten" im technischen Sinn[45] und somit den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Reallasten nicht unterworfen[46]. Demgemäfs sind sie auch der Eintragung in das Grundbuch nicht nur nicht bedürftig, sondern ihr regelmäfsig durch das Landesrecht ganz entzogen[47]. Allein sie begründen eine inhaltlich der Reallast gleichartige Eigentumsbeschränkung. Denn sie gewähren gleichfalls ein Recht auf wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke[48]. Und sie sind gleichfalls durch eine dingliche Haftung des Grundvermögens für fällige Leistungen gesichert und nur durch einen Vorrang bei der Befriedigung aus dem Grundstücke vor den privatrechtlichen Lasten bevorzugt[49]. In vielen Punkten daher sind die Rechtssätze über Reallasten auch für sie mafsgebend.

Welche Lasten als öffentliche Lasten der Grundstücke gelten, bestimmt das öffentliche Recht und somit in der Hauptsache das

---

[44] Bei den Dienstbarkeiten hat dafür der Berechtigte hinsichtlich der ihm gebührenden Sachnutzung den bei der Reallast ausgeschlossenen unmittelbaren Zugriff auf den Sachkörper.

[45] Vgl. Altenb. A.G. z. B.G.B. § 86: „gelten nicht als Reallasten".

[46] Dies versteht sich hinsichtlich der Vorschriften des B.G.B. von selbst; hinsichtlich der landesgesetzlichen Vorschriften gilt es, soweit nichts anderes bestimmt ist.

[47] A.G. z. B.G.B. f. Meckl. § 85 (83), Weim. § 124, Rudolst. Art. 38, Reufs ä. L. § 102; A.G. z. Grdb.O. f. Preufs. Art. 11, Sachs. § 12, Hess. Art. 11, Oldenb. § 6 (Birkenf. § 5, Lüb. § 5), Anh. Art. 12, Kob.-Goth. Art. 7, Altenb. § 4, Lipp. § 9, Schaumb. § 20, Rudolst. Art. 8. — Nach Brem. A.G. z. B.G.B. § 15 sind jedoch die öffentlichen Lasten aufser den Realsteuern und den Strafsenbeiträgen der Anlieger zwar nicht eintragungsbedürftig, aber eintragungsfähig. Vgl. auch Rudolst. A.G. z. B.G.B. Art. 38 § 2—3 über schon eingetragene öffentliche Lasten.

[48] Als Passiva des Grundvermögens werden sie in B.G.B. § 1047 behandelt. Vgl. ferner § 436.

[49] Zw.V.G. § 10 Z. 3, § 56, § 156. Vgl. Kob.Goth. A.G. z. B.G.B. Art. 29 (Erlöschen der Haftung für Rückstände mit Ablauf von zwei Jahren vor der Beschlagnahme); Braunschw. § 38—39; Altenb. § 87—88.

Digitized by Google

Landesrecht[50]. Im allgemeinen ist erforderlich, dafs es sich um eine dem jeweiligen Grundeigentümer obliegende wiederkehrende Leistung handelt, die einerseits an eine öffentliche Verbandsperson oder deren Vertreter zu entrichten ist[51], andererseits das Grundstück unmittelbar kraft seiner Zugehörigkeit zum öffentlichen Verbande trifft[52]. Im einzelnen gehören dazu die auf die Grundstücke gelegten Staats- und Gemeindelasten, aber auch viele in besonderen Realverbänden wurzelnde Lasten, wie Wegelasten, Schullasten, kirchliche Lasten, Deich-, Siel- und andere Wassergenossenschaftslasten, Waldgenossenschaftslasten, Beiträge zu öffentlichen Versicherungsverbänden usw.[53]. Manche Reallasten sind in einzelnen Punkten den öffentlichen Lasten der Grundstücke gleichgestellt. indem sie der Eintragung in das Grundbuch nicht bedürfen[54] oder

---

[50] Aufzählungen finden sich teils in den A.G. z. Zw.V.G., wie Preufs. Art. 1—2, Bad. § 3, Hess. Art. 1, Oldenb. § 14—15, Altenb. Art. 1—2, Meining. Art. 1, Reufs j. L. § 1, Wald. Art. 1—2, Lüb. § 1—3, Hamb. § 2, teils in den A.G. z. B.G.B., wie Meckl. § 85 (83), Weim. § 124, Altenb. § 86—88, Kob.-Goth. Art. 29, Braunschw. § 38, Brem. § 15.

[51] Mit der Abtretung der Berechtigung an eine Privatperson geht die Eigenschaft als öffentliche Last unter; Preufs. O.Tr. Entsch. XXXV 413. Dernburg, B.R. III § 200 Anm. 5, Kob.-Goth. A.G. z. B.G.B. Art. 30.

[52] Eine Vermutung dafür, dafs die an einen öffentlichen Verband zu entrichtenden Leistungen in dem Verbande wurzeln, stellt das Braunschw. A.G. z. B.G.B. § 38 auf. In Preufsen sind die als „gemeine Lasten" begründeten Grundlasten öffentlich; vgl. über diesen Begriff Dernburg § 200 II. — Lasten, die auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, sind auch dann privatrechtliche Reallasten, wenn das berechtigte Subjekt der Staat, eine Gemeinde. eine Kirche oder eine öffentliche Anstalt ist, mag auch die Last an die Stelle einer öffentlichen Last getreten sein (R.Ger. XLIV Nr. 60) oder zur Abwälzung einer solchen übernommen sein (R.Ger. XLV Nr. 50).

[53] Grundsteuern und Anliegerbeiträge zu Strafsenbauten oder anderen Anlagen sind Grundlasten, nicht aber Einkommensteuern aus Grundbesitz (R.Ger. XXIV Nr. 48). Ebensowenig Umsatzsteuern (R.Ger. XL Nr. 74), während Besitzveränderungsabgaben zu den öffentlichen Grundlasten gehören können (R.Ger. b. Gruchot XXIV 1017 u. XXXVI 1113). Nach Lüb. u. Hamb. Ges. a. a. O. gehört auch der Kehrlohn der Schornsteinfeger, nach ersterem auch die Abgabe für eine Apothekergerechtigkeit zu den öffentlichen Lasten der Grundstücke. — Genossenschaftslasten erlöschen mit dem Ausscheiden des Grundstücks aus dem Verbande oder mit Auflösung der Genossenschaft; Bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 148, Altenb. § 88.

[54] So auf Grund des E.G. Art. 114 nach vielen Landesgesetzen die Ablösungsrenten und sonstigen infolge der gutsherrlich-bäuerlichen Regulierungen oder Ablösungen zugunsten des Staats oder einer öffentlichen Anstalt begründeten Reallasten. Sie sind aber eintragungsfähig. Vgl. R.Ger. VI Nr. 80; Preufs. A.G. z. Grdb.O. Art. 12, Bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 128; Hess. Ges. v. 16. März

Digitized by Google

einen Vorrang bei der Befriedigung aus dem Grundstücke genießen[55], ohne daß hiervon ihr privatrechtliches Wesen berührt würde[56].

2. Nach der Bestimmung des Subjektes sind die Reallastberechtigungen entweder Realrechte oder Personalrechte[57]. Die Umwandlung einer Reallastberechtigung der einen Art in eine Reallastberechtigung der anderen Art ist ausgeschlossen[58]. Subjekt einer personalen Reallastberechtigung kann eine Einzelperson oder eine Verbandsperson sein. Im letzteren Falle kann das Recht als genossenschaftliches Gesamtrecht den Mitgliedern zu gute kommen[59] oder die Last als genossenschaftliche Sonderlast auf den Mitgliedergrundstücken ruhen[60]. Die personale Reallastberechtigung kann veräußerlich und vererblich oder gleich der Personalservitut an die Person gebunden sein[61].

3. Dem Objekte nach sind die Reallasten entweder Grundstückslasten oder Gerechtigkeitslasten[62]. Da jede liegenschaftliche

1899 Art. 66; Kob.-Goth. A.G. z. B.G.B. Art. 22 u. 37 § 4, Braunschw. § 38, Weim. § 151—154, Rudolst. Art. 62.

[55] Preuß. A.G. z. Zw.V.G. Art. 3, Hess. Art. 2, Altenb. Art. 3, Meining. Art. 2—4, Wald. Art. 3; Bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 8, Sächs. § 30, Braunschw. § 42, Altenb. § 89, Kob.-Goth. Art. 37 § 1, Rudolst. Art. 122, Sondersh. Art. 37, Reuß ä. L. § 103.

[56] Insbesondere sind die Ablösungsrenten und die als Reallasten fortbestehenden Abgaben an den ehemaligen Obereigentümer privatrechtlicher Natur; Seuff. XLI Nr. 312; R.Ger. XLIV Nr. 60; Oertmann a. a. O. S. 493.

[57] B.G.B. § 1105.

[58] B.G.B. § 1110 u. 1111 Abs. 1. Auch für das bisherige Recht war anzunehmen, daß eine subjektiv dingliche Reallastberechtigung nicht vom herrschenden Grundstück getrennt werden könne; R.Ger. XII Nr. 50. Dies wurde aber nicht immer beachtet; Dernburg § 199 III.

[59] So z. B. die Reallastberechtigung einer Gemeinde auf Zuchtstierhaltung; Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. LII Nr. 89 (verfolgbare Sonderrechte der einzelnen Viehbesitzer).

[60] So z. B. die Beitragslast in privaten Wassergenossenschaften.

[61] Nach B.G.B. § 1111 Abs. 2 ist, wenn der Anspruch auf die einzelne Leistung unübertragbar ist, auch das Recht im Ganzen unveräußerlich und unbelastbar. Dies gilt z. B. für das Altenteilsrecht, das auch nach bisherigem Recht unpfändbar war; Seuff. XXXIX Nr. 276, XLI Nr. 318; a. M. Seuff. XXXVIII Nr. 288, XL Nr. 22, XLI Nr. 313.

[62] Ist eine juristische Person zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet, ohne daß ein bestimmtes Grundstück belastet wäre, so entsteht ein der Reallast inhaltlich ähnliches Verhältnis, aber keine Reallast; vgl. Seuff. XXXII Nr. 330 (Rentenkauf ohne Einräumung von Sach- oder Rechtsgewere), XXXVII Nr. 96 (Wegebaupflicht einer Gemeinde in fremder Ortsflur).

Digitized by Google

Gerechtigkeit, die ein Blatt im Grundbuche hat, mit einer Reallast beschwert werden kann, läfst sich auch die als Entgelt für ein Erbbaurecht oder ein anderes Erbnutzungsrecht an den Eigentümer zu entrichtende Abgabe und um so mehr ein bei geteiltem Eigentum vom Untereigentümer dem Obereigentümer geschuldeter Zins in die Form einer Reallast kleiden[63]. Mit einer Reallast kann auch ein Miteigentumsanteil, nicht aber sonst ein Bruchteil belastet werden[64].

4. Zum Inhalt einer Reallast eignen sich Leistungen jeder Art, falls sie von jedem Eigentümer mit den Mitteln und Kräften des belasteten Grundstücks wiederholt bewirkt werden können. Die Reallasten sind daher so wenig, wie die Dienstbarkeiten, auf die geschichtlich ausgebildeten festen Typen beschränkt[65].

Nach der Beschaffenheit des Gegenstandes der Leistung lassen sich die Reallasten in drei Gruppen teilen, je nachdem sie auf Naturalabgaben, auf Arbeitsleistungen oder auf Geldzahlungen gerichtet sind. In die erste Gruppe gehören namentlich die meisten Grundzinse und die Zehnten[66]. Die zweite Gruppe umfafst vor allem die Fronden[67], aber auch andere Reallasten, die nicht auf Arbeitsdienste, sondern auf Verschaffung eines bestimmten Arbeitserfolges gehen[68]. Die dritte Gruppe, die im älteren Recht besonders durch die Renten und Gülten vertreten war[69], ist in neuerer

---

[63] Vgl. oben § 141 S. 617 Anm. 8, § 142 I S. 622.

[64] B.G.B. § 1106.

[65] R.Ger. IV Nr. 38; Seuff. L Nr. 253; a. M. Seuff. XI Nr. 273, XXXIV Nr. 207 S. 315. — Ausgeschlossen aber sind Reallasten, die auf eine einmalige Leistung gehen. So auf Errichtung eines Gebäudes; Seuff. LVI Nr. 103. Oder auf Beseitigung einer Anlage; K.Ger. Jahrb. XX S.A 91. Desgleichen Reallasten auf ein Unterlassen; a. M. Planck zu § 1105 Bem. 2 b.

[66] Von ihnen ist näher in § 150 zu handeln. Aufserdem kommen Besitzveränderungsabgaben in Bodenerzeugnissen vor.

[67] Über diese Näheres in § 150.

[68] So z. B. die Last der Unterhaltung des Faselviehs für die Gemeinde; oben Anm. 59, Seuff. XXXVIII Nr. 328, XLI Nr. 279. Unterhaltung einer stets richtig gehenden Turmuhr; R.Ger. IV Nr. 38. Anlage und gehörige Unterhaltung eines dem Publikum geöffneten Parks; R.Ger. XIV Nr. 54. Zuführung von Wasser aus einer Wasserleitung; Seuff. L Nr. 253. Wegeunterhaltung; Seuff. L Nr. 1. Unterhaltung einer Brücke; Rspr. d. O.L.G. II 413. Beköstigung aus den Gutserträgen; R.Ger. b. Gruchot XLVI 131. Gewährung der Gelegenheit zur Vormiete bei jeder Vermietung eines Gebäudes; K.Ger. in Rspr. d. O.L.G. VII 35 ff. Hierher gehören auch die Unterhaltungspflichten bei Dienstbarkeiten nach B.G.B. § 1021 Abs. 2 u. § 1022.

[69] Davon in § 151. Daneben begegnen auch Geldzinse und Besitzveränderungsabgaben in Geld.

Digitized by Google

Zeit durch die Umwandlung von Naturalabgaben und Diensten in Geldabgaben stark vermehrt[70]. Manche Reallasten haben einen gemischten Inhalt[71].

Nach dem Umfange des Leistungsinhaltes zerfallen die Reallasten in feste und wechselnde Lasten, je nachdem das Mafs der Leistung ein für alle Mal bestimmt ist oder von besonderen Umständen abhängt[72].

Nach der Fälligkeit der Leistungen sind ständige und unständige Reallasten zu unterscheiden, je nachdem die einzelnen Leistungen an regelmäfsig wiederkehrenden Terminen oder bei gewissen unregelmäfsig wiederkehrenden Gelegenheiten zu entrichten sind. Als unständige Reallasten begegnen namentlich Besitzveränderungsabgaben[73] und Baulasten[74].

Eine Beschränkung des zulässigen Inhaltes einer Reallast wird vielfach durch das landesgesetzliche Verbot der Neubegründung der von der Ablösungsgesetzgebung betroffenen Reallasten herbeigeführt. Manche Gesetze gestatten grundsätzlich nur eine Belastung mit festen Geldrenten[75], andere aufserdem eine Be-

---

[70] Als Reallasten wurden vielfach nach dem Wegfall der Lehndienste die dafür zu entrichtenden Lehngelder auf die Güter gelegt. Über die Umwandlung durch die Ablösungsgesetze vgl. unten § 149 VI S. 732.

[71] So umfafst das Altenteilsrecht häufig Ansprüche auf Naturalreichnisse, Dienstleistungen und Geldzahlungen.

[72] Fest sind die Grundzinse, Renten und Gülten, wechselnd die Zehnten; die Fronden sind bald fest (gemessen), bald durch das Bedürfnis bestimmt (ungemessen). Wechselnd ist auch die bei den preufsischen Rentengütern nach Ges. v. 27. Juni 1890 zulässige Körnerrente, da sie in Geld nach dem jährlichen Marktpreise abzuführen ist.

[73] Die bei den Bauergütern vorkommende Besitzveränderungsabgabe (Laudemium, Lehnware, Handlohn, Ehrschatz, Weinkauf, Sterbefall usw.) ist nicht immer, wohl aber der Regel nach Reallast; Friedlieb S. 277 ff.; Reyscher II 387 Anm. 4, Stobbe III § 195 Anm. 58, Seuff. XV Nr. 149, XIX Nr. 50, Preufs. G. v. 2. März 1850 § 36 ff., Bayr. G. v. 4. Juni 1848 Art. 15; a. M. Duncker S. 227 ff., Walter § 538 Anm. 5, Seuff. XXI Nr. 65. Näheres bei den Bauergütern.

[74] So insbesondere die Kirchenbaulast und Schulbaulast, die nach E.G. Art. 132 unbedingt, somit auch, wenn sie privatrechtliche Reallast ist, der landesgesetzlichen Regelung unterliegt.

[75] So das Preufs. G. v. 2. März 1850 § 91 Abs. 2 und die anderen Preufs. Ablösungsgesetze, sowie für Rheinland, Lauenburg u. Helgoland A.G. z. B.G.B. Art. 30; Waldeck. A.G. Art. 16. Doch kann, wenn eine Reallast mit wechselndem Inhalt bestellt ist, Umwandlung in eine feste Geldrente gefordert werden; R.Ger. XLV Nr. 50. — Eine Ausnahme bildet die Körnerrente bei Rentengütern; oben Anm. 72.

Digitized by Google

lastung mit festen Abgaben in Bodenerzeugnissen[76]. Doch gilt diese Beschränkung nicht für solche Reallasten, die der Ablösungsgesetzgebung nicht unterliegen[77].

5. Nach der Dauer der Berechtigung sind ewige und vorübergehende Reallasten zu unterscheiden.

Die ewigen (dauernden, beständigen) Reallasten erschöpfen sich niemals in den einzelnen Leistungen. Sie sind entweder unablöslich, so dafs ihre Ablösung von beiderseitiger Übereinkunft abhängt, oder ablöslich, so dafs entweder jeder Teil oder doch der Belastete einseitig die Ablösung herbeiführen kann. Die meisten unablöslichen ewigen Reallasten sind durch die Ablösungsgesetze in ablösliche verwandelt worden. Zugleich aber ist regelmäfsig die rechtsgeschäftliche Neubegründung unablöslicher ewiger Reallasten untersagt[78]. In einigen Ländern ist sogar die Begründung ewiger Reallasten überhaupt ausgeschlossen, indem eine Reallast nur zugunsten einer physischen Person und höchstens auf Lebenszeit bestellt werden kann[79] oder daneben zwar auch zugunsten einer juristischen Person oder des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks, dann aber höchstens auf dreifsig Jahre errichtet werden darf[80].

Die vorübergehenden Reallasten erschöpfen sich durch

---

[76] So Bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 85; dazu Oertmann a. a. O. S. 489.

[77] Daher, von den öffentlichen Lasten abgesehen, nicht für das Altenteilsrecht und andere vorübergehende Reallasten, aber auch nicht für private Wassergenossenschaftslasten und manche Baulasten. — Einige A.G. z. B.G.B. verbieten jede Belastung mit persönlichen Dienstleistungen, außer beim Altenteil; Hess. Art. 93, Weim. § 149, Mein. Art. 18 § 1. Nach dem Kob.-Goth. A.G. Art. 36 § 1 sind außer dem Altenteil nur Reallasten zulässig, bei denen die Leistungen ausschließlich auf dem belasteten Grundstück oder aus dessen Substanz zu erfüllen sind oder Bau und Unterhaltung von Brücken, Wegen, Ufern oder Wasserleitungen zum Gegenstand haben.

[78] In Preußen ist jede neu auferlegte feste Geldrente mangels anderer Vereinbarung für den Verpflichteten mit dem zwanzigfachen Betrage nach sechsmonatiger Kündigung ablösbar; der Ablösungsbetrag kann nicht höher als auf das fünfundzwanzigfache festgesetzt, die Kündigung nicht über 30 Jahre hinaus ausgeschlossen werden; Ablösungsges. § 91 Abs. 2, A.G. z. B.G.B. Art. 30. Eine Ausnahme gilt aber für Rentengüter, bei denen unablösliche Renten zulässig sind; Ges. v. 27. Juni 1890 § 1. Vgl. A.G. z. B.G.B. für Bayern Art. 85 (dazu Oertmann S. 489 ff.), Waldeck Art. 16; Sächs. G. v. 17. März 1832 § 54.

[79] So Bad. A.G. z. B.G.B. Art. 26, Weim. § 149, Meining. Art. 18 § 1, Schaumb. § 20, Brem. § 26, Elsaß-Lothr. § 75.

[80] So Hess. A.G. z. B.G.B. Art. 93.

Digitized by Google

Zeitablauf in den einzelnen Leistungen. Dahin gehören die sich innerhalb eines bestimmten Zeitraumes aufzehrenden dinglichen Tilgungsrenten, wie Ablösungsrenten und Abfindungsrenten[81], und die mit dem Tode des Berechtigten oder einer anderen Person oder einem noch früheren Zeitpunkt erlöschenden dinglichen Leibrenten oder Versorgungs- und Unterhaltungsleistungen, wie für den Fall, dafs sie auf ein Grundstück gelegt sind, Altenteil, Wittum, Apanagen, Leistungen an Witwen, Töchter und ausgeschlossene Folgeberechtigte aus Lehen, Stammgütern und Familienfideikommissen und Verpflichtungen zu Unterhalt und Erziehung der Miterben aus Anerbengütern[82]. Manche Gesetze gewähren einen gesetzlichen Anspruch auf Bestellung gewisser derartiger Reallasten[83]. Allgemein entspringt aus der Gutsüberlassung mit Vorbehalt eines Altenteils ein gesetzlicher Anspruch auf Belastung des Gutes mit einem dinglichen Recht, das sich in der Hauptsache als eine lebenslängliche Reallastberechtigung darstellt[84].

6. Neben den einseitigen Reallasten kommen gegenseitige

---

[81] Die rechtsgeschäftliche Bestellung einer zur Verzinsung und Tilgung eines Darlehns für eine bestimmte Zeit bedungenen Rente als Reallast ist auch in Preufsen zulässig; K.Ger. Jahrb. XXI A 312, Rspr. d. O.L.G. II 495.

[82] Das Nähere gehört in die Lehre von den besonderen Güterarten.

[83] Bei Lehen haben nach mecklenb. R. die Töchter hinsichtlich des Anspruchs auf Unterhalt und Aussteuer, die Witwe und der wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen ausgeschlossene Lehnsfolger hinsichtlich des Anspruchs auf Unterhalt einen gesetzlichen Anspruch auf Bestellung einer (ablöslichen) Reallast; A.V. z. B.G.B. § 316 (313), 318 (315), 320 (317). Ebenso bei allodifizierten Lehen der überlebende Ehegatte; Schwer. § 345. — Bei Anerbengütern begegnen gesetzliche Ansprüche auf Bestellung einer Reallast wegen der Rechte der Miterben, des überlebenden Ehegatten und des Altsitzers; Meckl.-Schw. A.V. § 376, 377, 390 Abs. 2, Strel. § 335, 336, 347; Braunschw. A.G. z. Grdb.O. § 17 (die Abfindungen können aber mit Bewilligung des Eigentümers auch als Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld eingetragen werden); Brem. A.G. z. B.G.B. § 27 u. 41 (wiederkehrende Leistungen oder Anspruch auf Unterhalt und Erziehung als Reallast einzutragen, sonst Sicherungshypothek). Nach dem Preufs. Anerbenrechtsges. f. Westfalen v. 2. Juli 1898 sind nicht nur die Unterhaltsansprüche des überlebenden Ehegatten und der Geschwister, sondern auch die Abfindungsrenten der Miterben als Reallasten einzutragen. Ebenso nach dem Ges. für Rentengüter v. 8. Juni 1896 die Abfindungsrenten und im Falle ihrer Übernahme durch die Rentenbank die Rentenbankrenten.

[84] Vgl. oben § 145 S. 658—659. Die Reallast entsteht erst mit der Eintragung, ist aber hinsichtlich der Grundstückshaftung begünstigt; oben S. 659 Anm. 8 a. E.

Digitized by Google

Reallasten vor, bei denen die Leistung aus dem einen Grundstück durch eine Gegenleistung aus dem anderen Grundstück bedingt ist[85].

§ 149. Rechtsgrundsätze bei Reallasten.

I. Begründung.

1. Durch Rechtssatz. In früherer Zeit wurden Reallasten unmittelbar durch Gesetz, Satzung oder Gewohnheitsrecht begründet. Heute werden auf diesem Wege regelmäfsig nur öffentliche Lasten der Grundstücke ins Leben gerufen. Doch ist auch die Entstehung privatrechtlicher Reallasten durch Rechtssatz nicht ausgeschlossen[1].

2. Durch Rechtsgeschäft. Die rechtsgeschäftliche Bestellung einer Reallast erfolgte nach älterem deutschen Recht in liegenschaftsrechtlicher Form[2]. Nach der Rezeption wurde für das gemeine Recht die Zulässigkeit der Begründung einer Reallast durch blofsen Vertrag oder letztwillige Verfügung angenommen[3] und trotz des vielfach dagegen erhobenen Widerspruchs[4]

---

[85] R.Ger. X Nr. 47 (unten § 150 Anm. 68). Es bedarf dann der Eintragung auf beiden Grundstücken. Vgl. R.Ger. LV Nr. 94: das vertragsmäfsig begründete Verhältnis, wonach mit einer Dorfschmiede die Pflicht, aber auch das Recht zu Schmiedearbeiten für den Gutshof gegen Bezug von Schürfkorn verbunden ist, wirkt, weil es nur auf dem Schmiedegrundstücke und nicht auf dem Gutshofe eingetragen ist, seit dem Preufs. E.E.G. nicht gegen einen dritten Erwerber des Gutshofes.

[1] Roth, D.P.R. § 285 Anm. 3; Beseler S. 412; Stobbe-Lehmann § 140 Anm. 2. Durch Gesetz wurden fortbestehende Leistungspflichten des Erbpächters bei Aufhebung des Eigentums zu Reallasten; Preufs. G. v. 2. März 1850 § 5. Auf Rechtssatz beruht auch nach dem B.G.B. die Unterstellung der Überbau- oder Notwegsrente, die an sich nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkung ist, unter die Vorschriften über Reallasten.

[2] Urk. v. 1243 b. Kraut § 113 Nr. 1, Duncker, Z. f. D. R. XI 469 ff., Beseler S. 413, Heusler § 70, Stobbe-Lehmann § 140 Anm. 4. Vgl. oben § 117 Anm. 56, unten § 151 Anm. 12.

[3] Über die ältere Lehre Duncker a. a. O. S. 450 ff., Friedlieb S. 250 ff., O. Müller S. 41 ff., 89 ff., 92 ff.

[4] Manche erklärten gemeinrechtlich überhaupt die Neubegründung von Reallasten für ausgeschlossen; so Renaud S. 104 ff., Mittermaier § 196 Anm. 8, Duncker, Reall. § 26; ebenso mit Ausnahme des Falles einer Verleihung von Bauergütern zu Untereigentum Eichhorn § 163—164, Beseler S. 413—414. Andere verwarfen die Begründung durch Vertrag, nahmen aber allgemein die Möglichkeit einer Ersetzung der Eintragung in öffentliche Bücher durch gerichtliche Bestätigung des Vertrages an; so später Duncker,

Digitized by Google

von der herrschenden Lehre festgehalten[5] und in der Praxis durchgesetzt[6]. In manchen Partikularrechten aber erhielt sich das Erfordernis der Eintragung in öffentliche Bücher oder doch einer sie ersetzenden gerichtlichen Bestätigung[7]. Die neuere Grundbuchgesetzgebung machte auch da, wo sie für Grunddienstbarkeiten vom Eintragungszwange absah, die Entstehung einer Reallast oder doch ihre Wirksamkeit gegen Dritte von der Eintragung in das Grundbuch abhängig[8]. Nach geltendem Recht werden Reallasten durch Einigung und Eintragung bestellt[9]. Die Bestellung ist natürlich nur wirksam, soweit sie nicht gegen ein landesgesetzliches Belastungsverbot verstöfst[10].

3. Durch Ersitzung. Dem deutschen Rechte war eine Ersitzung von Reallasten unbekannt. Nur Unvordenklichkeit ersetzte den Erwerbsgrund[11]. Doch war an Reallasten, da sie den Gegenstand einer liegenschaftlichen Gewere bildeten, eine rechte Gewere möglich. Nach der Rezeption wurden vielfach die Regeln

---

Z. f. D. R. XI 450 ff., ferner Gengler, Lehrb. § 71, Gerber § 170, Bluntschli § 91, Stobbe § 103, O.L.G. Karlsruhe u. R.Ger. b. Seuff. XLIII Nr. 130.

[5] Albrecht, Krit. Jahrb. a. a. O. S. 322 ff., Maurenbrecher I § 323, Phillips § 119, Walter § 152 II, Friedlieb S. 224 ff., Roth, D.P.R. § 285 Z. 2, Lehmann b. Stobbe § 140 Anm. 5.

[6] R.Ger. XVI Nr. 27; Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. L Nr. 27; Seuff. XVII Nr. 269, XXXV Nr. 47. — Nur, soweit ein Gewohnheitsrecht nachweisbar sei, wie bei der bäuerlichen Leibzucht, Seuff. XXXVI Nr. 207; vgl. auch XI Nr. 273.

[7] Worms. Ref. V, 1, 1 fol. 97 a; Frankf. Ref. II, 3 § 21.

[8] Zur Entstehung bedarf es der Eintragung nach Österr. Gb. § 445, Sächs. Gb. § 506 (u. schon Ges. v. 1843), Altenb. H.O. § 13, Meckl. St.B.O. § 1, 2, 11, Anhalt. G. v. 1877 § 4, Braunschw. G. v. 1878 § 14, Reufs ä. L. G. v. 1873 § 36, Reufs j. L. G. v. 1858 § 3, Schaumb. G. v. 1884 § 13; ebenso bei Renten nach Hamb. G. v. 1868 § 28, Lüb. G. v. 1880 § 29, Rudolst. G. v. 1856 § 3. Nur zur Wirksamkeit gegen Dritte nach Preufs. E.E.G. § 12, Württ. Pf.G. Art. 15, Weim. Pf.G. § 137, Oldenb. G. v. 1876 § 11, Kob.-Goth. G. v. 1877 § 12, Mein. G. v. 1882 Art. 1—2, Lipp. G. v. 1882 § 11, Sondersh. G. v. 1882 (ausgenommen bei bäuerlichen Reallasten), Waldeck. G. v. 1881 § 12. — Nach dem Bayr. G. v. 1. Juni 1822 § 22 ff. ist die Eintragung nur zur Erhaltung der Priorität gegenüber den Hypothekengläubigern erforderlich.

[9] Testament und landesgesetzlicher Titel (oben § 148 S. 719) geben nur einen Anspruch auf Bestellung durch dinglichen Vertrag und Eintragung. Dafs Ablösungsrenten nach Landesrecht der Eintragung nicht bedürfen, ist schon erwähnt; oben § 148 S. 714 Anm. 54.

[10] Oben § 148 S. 715 Anm. 75—80.

[11] Oben Bd. I 817 Anm. 43.

Digitized by Google

über Servitutenersitzung auf Reallasten angewandt [12]. Im gemeinen Recht blieb die Frage nach der Zulässigkeit der Reallastenersitzung streitig [13]. Zuletzt siegte die Meinung, daſs eine auſserordentliche Ersitzung Platz greife [14]. Die Partikularrechte erkannten teilweise auch eine ordentliche Ersitzung an [15]. Erst durch die neuere Grundbuchgesetzgebung wurde die Ersitzung von Reallasten erschwert und mitunter ganz ausgeschlossen [16]. Nach dem B.G.B. fällt jede Reallastenersitzung weg [17].

II. Rechtsverhältnis. Der Reallastberechtigte hat ein Recht auf wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke. Ihm steht als Reallastverpflichteter gegenüber, wer die Leistungen aus dem Grundstücke bewirken soll. Dies war im älteren deutschen Recht der das Grundstück zu eigenem Nutzen bewirtschaftende Besitzer [18]. Zuerst bei den Renten und mehr und mehr auch bei anderen Reallasten wurde die Reallastverpflichtung grundsätzlich dem Eigentümer auferlegt [19]. Heute trifft die Verpflichtung ledig-

---

[12] Vgl. über die ältere Theorie Duncker, Reall. S. 139 ff.; ferner Maurenbrecher § 323 Anm. 12, Savigny, Syst. IV 504, 513; Darmst. u. Lüb. Erk. b. Seuff. III Nr. 192, IX Nr. 201.

[13] Gegen jede Ersitzung Friedlieb § 66, Unterholzner, Verj. II § 251 S. 287 ff., Mittermaier § 196 Anm. 18, Gengler, Lehrb. § 71 Anm. 33, Gerber § 170 Anm. 8, Beseler § 190 S. 412, Stobbe § 103 Anm. 12; Seuff. XII Nr. 290, XV Nr. 40.

[14] R.Ger. XXIV Nr. 37; Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XLI Nr. 33. Ebenso Seuff. VI Nr. 232, IX Nr. 201, XVII Nr. 83, 84, andere Erk. b. Roth, D.P.R. § 285 Anm. 12. Dafür Eichhorn § 163—164, Lehmann b. Stobbe § 140 Anm. 12, im Erfolge auch Duncker § 29, Renaud S. 110, Walter § 152 IV. — Doch wird bei unständigen Reallasten (besonders Laudemien) meist nur Unvordenklichkeit anerkannt; Roth, Bayr. C.R. § 170 Anm. 21, Platner, Sachenr. § 63 Anm. 11, Seuff. XVII Nr. 84, XXXIII Nr. 199.

[15] Preuſs. L.R. II, 7 § 144, II, 11 § 861 mit I, 9 § 620, 625 (auſser bei unständigen Lasten, I, 9 § 649—651); Österr. Gb. § 1469 (auſser bei unständigen Lasten, § 1471); Württemb. R. b. Reyscher § 156 Anm. 15. — Dagegen ist nur eine auſserordentliche Ersitzung in 30 Jahren nach Kurtrier. L.R. XXI § 6, in 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen nach älterem sächs. R. anerkannt; Haubold § 470 Anm. b.

[16] Nach dem sächs. Ges. v. 1843 galt sie noch als Titel zur Eintragung; das Sächs. Gb. § 506 schloſs sie aus.

[17] Auch Buchersitzung findet nicht statt.

[18] Wer das Gut „in Nutz und Gewere“ hatte; der Eigentümer war ja meist vielmehr Reallastberechtigter. Vgl. Stobbe b. Lehmann § 139 II 1.

[19] Für die Renten ergab sich dies aus dem Gedanken des Wertrechts. Die bäuerlichen Lasten wurden mit der Auffassung des bäuerlichen Besitz-

Digitized by Google

lich den Eigentümer, während die etwaige Verpflichtung eines Nutzungsbesitzers zur Tragung der Last nur dem Eigentümer gegenüber eintritt[20]. Doch ist bei geteiltem Eigentum der Untereigentümer verpflichtet[21]. Ruht die Reallast auf einer Gerechtigkeit, so ist der verpflichtet, dem die Gerechtigkeit zusteht[22].

Die Reallastverpflichtung äufsert sich, wie oben gezeigt ist, in einer dinglichen Schuld, die durch Sachhaftung gesichert ist. Die Sachhaftung ergriff nach älterem deutschen Recht das Grundstück nebst der auf ihm befindlichen Fahrnis[23]. Sie wurde in neuerer Zeit gleich der Pfandhaftung als Haftung des Grundstücks nebst allen zum Grundvermögen gehörigen Sachen und Rechten ausgestaltet und erstreckt sich heute auf dieselben Gegenstände, die den Grundpfandgläubigern haften[24].

Die Reallastverpflichtung kann aufserdem in eine persönliche Schuld übergehen, für die dann der Verpflichtete mit seinem ganzen Vermögen haftet.

1. Die Reallast im Ganzen begründet lediglich eine untrennbar mit dem Eigentum verknüpfte dingliche Schuld, von der der bisherige Eigentümer durch Übertragung des Eigentums oder Verzicht auf das Eigentum befreit und ein neuer Eigentümer durch Erwerb des Eigentums ergriffen wird. Dahinter steht nur die unselbständige Sachhaftung, kraft deren der Berechtigte Wertersatz für das Recht im Ganzen aus dem Erlöse verlangen kann, falls es durch Zuschlag im Wege der Zwangsversteigerung am

---

rechts als Untereigentum und vollends mit dessen Umwandlung in Alleineigentum zu Eigentumslasten. So schreibt denn schon das Sächs. Gb. § 505 die Verpflichtung ausdrücklich dem Eigentümer zu. Vgl. auch Seuff. XXXIX Nr. 81: keine Verpflichtung des Pächters.

[20] So die gesetzliche Verpflichtung des Niefsbrauchers nach B.G.B. § 1047; ebenso eine etwaige vertragsmäfsige Verpflichtung des Mieters oder Pächters. — Der Eigenbesitzer hat natürlich die Stellung des Eigentümers.

[21] Die Berechtigung kann mit dem Obereigentum verbunden sein.

[22] Handelt es sich um ein Erbbaurecht oder ein anderes Recht an einem Grundstücke, so kann die Berechtigung mit dem Eigentum am Grundstück verbunden sein.

[23] Dies ist beim Rentenkauf besonders bezeugt, galt aber auch bei den bäuerlichen Reallasten. Eine Haftung mit dem ganzen Vermögen, wie sie Stobbe a. a. O. S. 65 annimmt, ist nicht nachweisbar; mag auch bei den bäuerlichen Lasten der Unterschied der Sachhaftung von einer Haftung mit dem ganzen Vermögen kaum zutage getreten sein, so waren doch auch hier Pfändung auf dem Gute und schlimmstenfalls Einziehung des Gutes die einzigen Zwangsmittel. Vgl. Huber IV 771.

[24] Gemäfs B.G.B. § 1120—1131. Davon unten § 159.

Digitized by Google

Grundstücke erlischt[25]. Diese Regeln sind an sich auch auf eine durch das Gesetz oder Vereinbarung bestimmte Ablösungssumme anwendbar. Doch kann durch Gesetz oder Vereinbarung dem Berechtigten wegen der fälligen Ablösungssumme ein selbständiges Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke eingeräumt sein[26] oder sogar eine persönliche Haftung für die fälligen einzelnen Leistungen auf die Ablösungsschuld erstreckt werden[27].

2. Hinsichtlich der einzelnen Leistung entspringt im Augenblicke ihrer Fälligkeit der Reallast jedenfalls eine auf Erfüllung gerichtete dingliche Schuld, wegen deren der Berechtigte sich aus dem Grundstücke befriedigen kann. Nach dem B.G.B. hat er genau dasselbe Zugriffsrecht, wie der Hypothekengläubiger wegen Hypothekenzinsen. Er kann also im Wege der Zwangsvollstreckung, sei es durch Pfändung mithaftender Fahrnisstücke oder Forderungen, sei es durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, Befriedigung aus dem Grundvermögen suchen[28]. Auch kann er eine seine Sicherheit gefährdende Verschlechterung des Haftungsobjektes untersagen[29].

Die dingliche Schuld trifft den jeweiligen Eigentümer. Wer das Eigentum aufgibt oder verliert, wird von ihr befreit, wer das Eigentum erwirbt, tritt in sie ein. Somit haftet das Grundstück in der Hand jedes Rechtsnachfolgers auch für die nicht erfüllten Leistungen, die unter dem Rechtsvorgänger fällig geworden sind. Dies entspricht dem älteren deutschen Recht[30] und wurde

---

[25] Zw.V.G. § 92 u. 121; für den Ausfall haftet Niemand. — Die Sachhaftung tritt aufserdem bei der Enteignung des Grundstücks hervor, indem die Entschädigungsforderung des Eigentümers für den Ersatz des Wertes der mitenteigneten Reallast haftet.

[26] So durch das Bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 85 u. (für die reallastähnlichen Ehehaften) Art. 153.

[27] Dies ist z. B. nach Bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 85 der Fall, wenn der Reallastschuldner durch Kündigung die Ablösungschuld ins Leben ruft. An sich gilt es nicht; so auch Cosack § 237 Anm. 26.

[28] B.G.B. § 1107 u. 1147. Bei den öffentlichen Grundlasten ist meist auch Verwaltungszwang zulässig.

[29] Gemäfs B.G.B. § 1134—1135. Dagegen fehlt das Recht auf vorzeitige Befriedigung aus § 1133; Biermann zu § 1107, Planck Bem. 5, Kober Bem. 2, Cosack § 237 III 2a; a. M. Oberneck § 104 Z. 1 (keineswegs auch, wie Biermann und Kober meinen, Dernburg § 202 Anm. 7).

[30] Vgl. z. B. Grimm, W. I 104, III 476, 664 Abs. 2, V 256 § 7 (mit Anm. v. Schröder), 285 § 12; Fontes rer. Bern. V 538 (1327); Urk. v. 1469 b. Loersch u. Schröder Nr. 309 (273). Doch ist zu beachten, dafs es bei Fronden und Zehnten, weil Nachforderung ausgeschlossen war, keine Rück-

Digitized by Google

auch in der neueren Gesetzgebung überwiegend festgehalten[31]. Nur wenige neuere Gesetze und auch sie meist nur für einzelne Arten von Reallasten schlossen die Haftung des Besitznachfolgers für Rückstände ausdrücklich aus[32]. In der Theorie wurde freilich im Zusammenhange mit der Auffassung der Reallasten als obligationenrechtlicher oder gemischter Verhältnisse vielfach behauptet, dafs überall, wo nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt sei, der Sondernachfolger für Rückstände aus der Zeit des Vorbesitzers nicht einzustehen habe[33]. Allein aus dem Wesen der Reallast folgt vielmehr die umgekehrte Regel[34]. Im Bereiche des neuen bürgerlichen Rechts versteht sich die Forthaftung des Grund-

---

stände geben konnte. Auch wurde frühzeitig die Haftung für rückständige Grundzinse auf eine bestimmte Zahl von Jahren beschränkt. Vgl. Huber IV 773 Anm. 6. — Die von Stobbe b. Lehmann S. 67 Anm. 8 b für die Befreiung des Nachfolgers angeführte Frankf. Urk. v. 1401 gehört nicht hierher, da sie von Pachtzins handelt.

[31] Worms. Ref. V, 2 t. 2 fol. 106 b, 110 a; Nürnb. Ref. v. 1564 t. 11 c. 2; Zürch. R. v. 1553 b. Bluntschli, R.G. II 118; Preufs. L.R. v. 1620 IV, 6, 3 § 1 b. Kraut § 111 Nr. 10; Österr. Gb. § 928 u. V. v. 1784; Weimar. G. v. 12. Nov. 1838; Lübeck. V. v. 25. März 1848 § 1; Sächs. Gb. § 510. Ebenso galt die Haftung des Besitznachfolgers für Rückstände nach gemeinem Sachsenrecht; Emminghaus S. 131 Nr. 122, 127, 130. — Eine Haftung des Sondernachfolgers nur für dreijährige Rückstände bestimmt die Altenb. V. v. 13. Dez. 1858, für zweijährige das Braunschw. E.E.G. v. 8. März 1878 § 19. — Nach manchen Gesetzen haftet auch derjenige, der das Grundstück in der Zwangsversteigerung erwirbt; Nürnb. Ref. u. Altenb. V. a. a. O. Nach Sächs. Gb. § 510 ist er frei. Vgl. Stobbe b. Lehmann § 139 Anm. 9.

[32] So Bayr. L.R. II c. 10 § 4; vgl. Roth, Bayr. C.R. § 171 Anm. 9 ff.; jedoch haftet der Nachfolger für Rückstände beim Ewiggelde und nach Ges. v. 12. Apr. 1884 Art. 8 bei Landeskulturrenten. Bad. L.R. Art. 710 f h u. 710 c v bei Gülten und Zehnten. Zürch. Gb. § 310 (760); jedoch haftet bei Grundzinsen und ebenso nach § 322 (772) bei Gülten der jeweilige Besitzer subsidiär für drei Rückstände.

[33] So Eichhorn § 166 Anm. c, Mittermaier I § 174 Anm. 40 ff., Maurenbrecher § 131 Anm. 2, Gerber § 171 Anm. 3, Beseler § 96 III b, Walter § 151 Anm. 4—5, Bluntschli § 90 Z. 3, Stobbe § 102 Anm. 7; Wächter, Erört. S. 127 ff., Württ. P.R. I 622, Unger I 563 Anm. 33, Albrecht, Krit. Jahrb. a. a. O. S. 310 ff., Häberlin S. 162 ff., Friedlieb S. 330 ff., v. Meibom S. 506 ff.; für das kurhess. R. Platner, Sachenr. § 63 Anm. 6; für das preufs. R. Förster § 188 Anm. 37; Entsch. b. Seuff. V Nr. 215, XXXV Nr. 145.

[34] So auch Runde, Leibzucht S. 451 ff., Duncker, Reall. § 36, Renaud S. 84 ff., 95 ff., Gengler S. 306, Reyscher, Württ. P.R. I § 255; für das preufs. R. Eccius b. Förster § 188 Anm. 46, Dernburg § 305 Anm. 6; Seuff. XVII Nr. 85, XXI Nr. 65. — Gegen jede allgemeine Regel erklärt sich Lehmann b. Stobbe S. 68.

Digitized by Google

stücks für rückständige Leistungen von selbst[35]. Sie fällt nur weg, soweit der Anspruch auf die Leistung verjährt ist[36]. Ob der Rechtsnachfolger, wenn er rückständige Leistungen abführt, ein Rückgriffsrecht gegen den Rechtsvorgänger hat, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen[37].

Hinter der dinglichen Schuld kann eine persönliche Schuld des Eigentümers zur Erfüllung der fälligen Leistungen eintreten. Sie versteht sich keineswegs von selbst. Vielmehr fehlt sie regelmäfsig im älteren deutschen Recht[38] und ist auch in der neueren Gesetzgebung oft ausdrücklich ausgeschlossen[39]. Doch wurde sie wenigstens bei gewissen Arten von Reallasten frühzeitig angenommen[40] und in neueren Gesetzen ausgesprochen[41]. Als Regel mufs für das bisherige Recht der Mangel jedes persönlichen Schuldverhältnisses behauptet werden[42]. Dagegen tritt im Bereiche des neuen bürgerlichen Rechts das persönliche Schuldverhältnis ein.

---

[35] B.G.B. § 1107; im Falle der Zwangsversteigerung kommt es darauf an, ob die Rückstände in das geringste Gebot aufgenommen sind. Bei öffentlichen Lasten kann das Landesrecht die Haftung beschränken; vgl. oben § 148 Anm. 49. — Nach dem Schweiz. Entw. § 785 dauert die dingliche Haftung nur drei Jahre nach Fälligkeit.

[36] Der Anspruch verjährt nach B.G.B. § 902 u. § 1107 mit § 197 in vier Jahren.

[37] Manche ältere Quellen gewähren allgemein ein Rückgriffsrecht; Huber IV 773 Anm. 6. So auch Sächs. Gb. § 510. Vgl. Kob.-Goth. A.G. z. B.G.B. Art. 37 § 2.

[38] Vgl. oben Anm. 23; Huber IV 773. Oft wird ausgesprochen, dafs der Eigentümer durch Dereliktion sich von der Haftung für Rückstände befreien kann; Zürch. Ratsv. v. 1446 in Zeitschr. f. schweiz. R. IV, 2 S. 40; Huber IV 773 Anm. 5.

[39] So in den meisten Gesetzen, die den Nachfolger unbedingt für die Rückstände haften lassen; oben Anm. 31, bes. Preufs. L.R. v. 1620. Ziemlich allgemein erhielt sich die rein dingliche Haftung beim Rentenkauf und bei der Deichlast. Nach dem Schweiz. Entw. § 785 besteht, so lange die dingliche Haftung dauert, keine persönliche Schuld.

[40] So schon im Mitteltalter, wenn die dingliche Haftung auf die Rückstände von zwei oder drei Jahren beschränkt wurde: Huber IV 773 Anm. 6. Nach der Öffn. v. Burgau v. 1404 b. Grimm, W. I 197, verwandelt sich nach drei Jahren der rückständige „Zins“ in „Schuld“. Ebenso nach Schweiz. Entw. Art. 785.

[41] So natürlich in allen Gesetzen, die die Haftung des Nachfolgers für Rückstände ausschliefsen; oben Anm. 32. Neben der dinglichen Haftung wird eine persönliche Schuld im preufs. R. angenommen; A. L.R. II, 7 § 493, Eccius § 188 Anm. 46. Vgl. auch Altenb. V. v. 23. Dez. 1858.

[42] Hierfür sprechen sich die in Anm. 34 Angeführten aus; vgl. auch Roth § 286 Anm. 12.

Digitized by Google

soweit nichts anderes bestimmt ist[43]. Fehlt die persönliche Schuld, so wird der Reallastverpflichtete von jeder Verpflichtung auch hinsichtlich der von ihm nicht abgeführten fälligen Leistungen befreit, sobald er das Eigentum aufgegeben oder sonst verloren hat[44]. Entsteht eine persönliche Schuld, so haftet der Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig gewordenen Leistungen mit seinem ganzen Vermögen und bleibt für sie auch verhaftet, wenn er aufgehört hat, Eigentümer zu sein[45]. Den Rechtsnachfolger trifft hinsichtlich der Rückstände, für die er dinglich haftet, eine persönliche Haftung nicht, er müfste denn die persönliche Schuld als Erbe überkommen oder vertragsmäfsig übernommen haben[46].

III. Schutz.

1. Besitzschutz. Da im Anschlufs an die deutschrechtlichen Grundsätze über Gewere seit der Rezeption allgemein die tatsächliche Ausübung einer Reallastberechtigung als Rechtsbesitz aufgefafst wurde, genossen die Reallasten unbestritten des Besitzschutzes[47]. Dem Reallastbesitz kamen daher alle Besitzschutzmittel gegen Entziehung oder Störung des Besitzes zugute, mochte nun die Beeinträchtigung durch den Reallastverpflichteten erfolgen[48]

---

[43] B.G.B. § 1108 Abs. 1. Es ist anzunehmen, dafs die Wegbedingung der persönlichen Haftung eintragungsbedürftig ist; Planck Bem. 3, Neumann Bem. 1, Oberneck § 104 Z. 2; a. M. Fuchs Bem. 3, Biermann, Kober Bem. 1 a.

[44] Verzichtet er auf das Eigentum, so besteht die Reallastberechtigung ohne Verpflichteten fort; der Berechtigte kann Befriedigung aus dem Grundstücke erlangen, nachdem gemäfs C.Pr.O. § 58 u. 787 ein Vertreter der Eigentumsinteressen bestellt ist.

[45] Doch läuft zu seinen Gunsten die vierjährige Verjährung nach B.G.B. § 197.

[46] Nach dem Bayr. G. v. 21. April 1884 Art. 8 in der Fassung des A.G. z. B.G.B. Art. 170 kann bei einer als Reallast eingetragenen Landeskulturrente, wenn der Erwerber des Grundstücks die persönliche Haftung für Rückstände nicht übernimmt, die Ablösung binnen 6 Monaten gefordert werden. — Vgl. R.Ger. XXXIII Nr. 51.

[47] Duncker, Reall. § 22, Z. f. D. R. II 28 ff., 57 ff.; Renaud S. 64 ff.; Bruns, Recht des Besitzes S. 203 ff.; Randa, Besitz (4. Aufl.) S. 226 ff., 745 ff., 791 ff.; Stobbe-Lehmann § 139 III; Seuff. XVI Nr. 176, XIX Nr. 55.

[48] Man fand Besitzstörung in Unterlassung oder Weigerung der einzelnen Leistung, Besitzentsetzung in Weigerung der Anerkennung des Rechtes im Ganzen.

Digitized by Google

oder von einem Dritten ausgehen[49]. Im heutigen Recht ist jeder Besitzschutz weggefallen[50].

2. Rechtsschutz. Behufs Geltendmachung der Reallastberechtigung im Ganzen gewährte die bisherige Praxis eine als actio confessoria utilis bezeichnete dingliche Klage gegen Jedermann[51]. Auch heute ist eine dingliche Klage auf Anerkennung der Berechtigung und auf Beseitigung von Beeinträchtigungen gegeben[52].

Auch die Geltendmachung des Rechts auf die einzelne fällige Leistung hatte nach der richtigen Auffassung mit dinglicher Klage zu erfolgen[53], während von den Anhängern der obligationenrechtlichen oder gemischten Natur der Reallasten nur eine persönliche Klage zugestanden wurde[54]. Heute ist das Recht auf die einzelne fällige Leistung zweifellos in jedem Falle durch eine dingliche Klage geschützt[55]. Daneben aber steht dem Berechtigten, soweit ein persönlicher Schuldner vorhanden ist, eine persönliche Klage auf Leistung zu[56].

Zum Schutze des Eigentums gegen Anmafsung einer Reallastberechtigung dient die Eigentumsfreiheitsklage[57].

---

[49] Durch Hinderung oder Anmafsung der Ausübung; Bruns S. 214 ff., Friedlieb S. 321, Stobbe-Lehmann S. 69–70.

[50] So schon nach Sächs. Gb. § 512.

[51] Duncker S. 108 ff., Renaud § 6, Häberlin S. 168, Unger I 562, Roth, D.P.R. § 287 Anm. 4, Stobbe-Lehmann § 139 III 5; Seuff. XX Nr. 109, XXIV Nr. 160. — Dagegen wollten Gerber § 171, Abh. S. 227 ff., u. Friedlieb S. 322 ff. nur eine persönliche Präjudizialklage geben.

[52] Dernburg, B.R. III § 202 Z. 4. Die Klage kann gegen den Eigentümer (z. B. auf Anerkennung des Bestandes und auf Wiedereintragung einer unrichtig gelöschten Reallast oder auf Feststellung des Umfanges), aber auch gegen einen Dritten (z. B. die unrichtig als berechtigt Eingetragenen) gehen.

[53] Duncker S. 112 ff., 156 ff., Renaud S. 81 ff., Gengler, Lehrb. S. 306; ältere Praxis b. Duncker S. 108 ff. (actio confessoria utilis); preuſs. Praxis b. Dernburg, Preuſs. P.R. I § 308 Anm. 5.

[54] Eichhorn § 166, Wächter, Erört. I 127, Häberlin S. 168, Friedlieb S. 325, Gerber § 171 Anm. 2, Stobbe-Lehmann S. 71; für das sächs. R. O. Müller S. 61; R.Ger. XVI Nr. 30. Soweit die Haftung des Sondernachfolgers für Rückstände feststeht, nahm man eine actio in rem scripta an.

[55] Dernburg, B.R. III § 202 Z. 3. Wer als Eigentümer eingetragen ist, ist nach B.G.B. § 1107 mit § 1148 ohne weiteres passiv legitimiert.

[56] Ist der persönliche Schuldner zugleich Eigentümer, so können beide Klagen verbunden werden; der Berechtigte kann sich aber auf die persönliche Klage und die Mobiliarexekution beschränken.

[57] Gemäfs B.G.B. § 1004. Auch nach bisherigem Recht die Negatoria;

Digitized by Google

IV. Übertragung. Die Reallastberechtigung kann, soweit sie überhaupt selbständig übertragbar ist[58], nur durch dinglichen Vertrag und Eintragung übertragen oder belastet werden[59]. Eine wertpapiermäfsige Verbriefung, wie sie bei Renten vorkam, ist nicht mehr zulässig[60]. Für kirchliche Zehntberechtigungen ist im kanonischen Recht auch die Möglichkeit des Überganges durch translative Ersitzung anerkannt[61].

V. Teilung. Im Falle einer Teilung des belasteten Grundstücks bleibt jeder Grundstücksteil mit der ganzen Reallast belastet; soweit für fällige Leistungen eine persönliche Schuld eintritt, haften die Eigentümer als Gesamtschuldner[62]. Das ältere deutsche

---

Duncker S. 114 ff., Renaud S. 100, Roth, D.P.R. § 287 Anm. 5, Stobbe-Lehmann § 139 IV 3. — Gerber § 171 Anm. 4, Abh. S. 236, u. Friedlieb S. 334 ff. liefsen, von ihrem Standpunkt aus folgerichtig, nur eine persönliche Präjudizialklage zu.

[58] Ist sie Realrecht, so kann sie nur zusammen mit dem Grundstück übertragen oder belastet werden; ist sie ein an die Person gebundenes Personalrecht, so ist sie überhaupt unübertragbar.

[59] Auch nach bisherigem Recht bedurfte es der für die Übertragung dinglicher Rechte erforderlichen Formen; Duncker S. 162 ff., Renaud S. 119, Roth, D.P.R. § 286 Anm. 17. A. M. Gerber § 179 Anm. 10, Stobbe-Lehmann § 140 Anm. 19: es genüge mangels abweichender partikularrechtlicher Bestimmung der Abtretungsvertrag. — Pfändung nach C.Pr.O. § 857 Ab. 6. — Dagegen gilt für die Übertragung von Ansprüchen auf rückständige Leistungen B.G.B. § 1159, für ihre Pfändung C.Pr.O. § 830 Abs. 3 u. § 837 Abs. 2. Auch B.G.B. § 1158 ist anwendbar.

[60] Vgl. unten § 151. Doch bleiben ältere Rentenbriefe nach Mafsgabe des bisherigen Rechtes Übertragungsmittel.

[61] c. 1 in VI° 2, 13. Auf andere Reallasten ist dies nicht auszudehnen; Duncker S. 164 ff., Renaud S. 120, Roth § 286 Anm. 19, Stobbe-Lehmann S. 78. A. M. Eichhorn § 165 Anm. g, Maurenbrecher § 325 Anm. 8.

[62] B.G.B. § 1107 mit § 1132, § 1108 Abs. 2. — Die Gesamthaftung galt auch nach älterem deutschem Recht, soweit nicht das Hofrecht sogar eine Vervielfältigung mancher Lasten (wie der persönlichen Dienstleistungen, der Zinshühner und anderer Gerichtszinse, der Besitzveränderungsabgaben) eintreten liefs; Gierke, Gen.R. II 203—204. Ebenso nach neueren Gesetzen; Preufs. L.R. I, 18 § 755—756, Ges. v. 2. März 1850 § 93, Bad. L.R. Art. 710 f i, Zürch. Gb. § 312 (762). Desgleichen nach gemeinem Recht; Renaud S. 91 ff., Friedlieb S. 339 ff., Mittermaier § 174, Roth § 286 Anm. 5, Stobbe-Lehmann § 140 IV; Seuff. XXII Nr. 111, XXVI Nr. 48, XLI Nr. 279. — Doch drang im sächs. Recht bei teilbaren Reallasten das Prinzip der verhältnismäfsigen Verteilung durch; O. Müller a. a. O. S. 82 ff., Sächs. Gb. § 513 (jedoch unter subsidiärer Mithaftung des Stammguts), Gotha. G. v. 14. März 1873 § 3. Grundsätzlich für blofse Teilverpflichtung Gerber, Abh. S. 235, Seuff. I Nr. 79.

Digitized by Google

Recht gestaltete vielfach die aus der Zersplitterung eines dienst- und abgabenpflichtigen Gutes entspringende Lastengemeinschaft als eine besondere Form der Gemeinschaft zur gesamten Hand eigentümlich aus; die Teilbesitzer hatten einen aus ihrer Mitte als Träger zu bestellen, der dem Herrn gegenüber die ganze Last zu tragen hatte, während die übrigen Gemeiner mit ihren Gütern subsidiär verhaftet blieben[63]. Derartige Einrichtungen erhielten sich als Zinsträgerei oder Einzinserei bis in die neuere Zeit[64] und können auch heute durch das Landesrecht begründet werden[65]. Eine Verteilung der Reallast auf die einzelnen Grundstücksteile kann stets durch den Berechtigten erfolgen[66]. Das Landesrecht kann sie auch ohne Zustimmung des Berechtigten im Auseinandersetzungsverfahren und immer auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses eintreten lassen[67]. Ebenso kann die völlige Befreiung eines Grundstücksteiles von der Reallast durch lastenfreie Abschreibung nicht nur stets mit Bewilligung des Berechtigten, sondern auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses nach allen Landesrechten auch ohne sie stattfinden[68].

---

[63] Bluntschli, R.G. II 240 ff., P.R. § 94 Z. 4; Stobbe, Z. f. R.G. IV 247 ff.; Gierke a. a. O. I 166 Anm. 23, II 204 u. 953; Huber IV 774 Anm. 5. Die Besitzveränderungsabgaben wurden dann nur beim Wechsel des Trägers fällig. Der Träger hatte Anspruch auf verhältnismäfsige Beiträge, für die ihm die Grundstücke der Gemeiner hafteten.

[64] Bad. L.R. Art. 710 f i; Zürch. Gb. § 314—318 (764—768); Schaffh. Gb. § 710—714. Vgl. Huber III 434, 537 ff.

[65] Nach E.G. z. B.G.B. Art. 121 kann nach Landesgesetz, falls der Staat oder eine öffentliche Anstalt berechtigt ist, bei der Teilung des belasteten Grundstücks die Reallast nur auf einem Teil lasten bleiben, während die übrigen Teile mit einer gleichinhaltlichen Reallast zugunsten des jeweiligen Eigentümers jenes Teils belastet werden. So bei der sächs. Landesrentenbank und Landeskulturrentenbank nach V. v. 15. Febr. 1841 § 7 u. G. v. 26. Nov. 1861 § 4.

[66] B.G.B. § 1132 Abs. 2. Bei öffentlichen Lasten, zum Teil aber auch bei Ablösungsrenten ist die Verteilung gesetzlich vorgeschrieben und geregelt: Preufs. G. v. 25. Aug. 1876 § 1—12.

[67] E.G. z. B.G.B. Art. 113 u. 120 Abs. 2 Z. 1. In Preufsen bleibt nach A.G. Art. 31 die in § 93 des Ges. v. 2. März 1850 vorgeschriebene Verteilung nicht ablösbarer Reallasten auf die Trennstücke durch die Auseinandersetzungsbehörde zulässig. Über Verteilung auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses vgl. Sächs. A.G. z. B.G.B. § 23 (an Stelle des bisherigen Rechts, oben Anm. 62); Hess. Art. 97, Meckl. § 119 (117), Reufs j. L. § 56, Rudolst. Art. 113; für Ablösungsrenten Kob.-Goth. Art. 37 § 3.

[68] E.G. z. B.G.B. Art. 120 Abs. 1; vgl. oben § 119 S. 309 Anm. 16. Ebenso nach bisherigem Recht; Sächs. Gb. § 514.

Digitized by Google

Wird ein Grundstück geteilt, mit dem die Reallastberechtigung als Realrecht verbunden ist, so besteht nach der gesetzlichen Regel die Reallast für die einzelnen Teile fort; die Berechtigung auf die einzelnen Leistungen steht, je nachdem die Leistung teilbar oder unteilbar ist, den Eigentümern zu verhältnismäfsigen Anteilen oder zu gesamter Hand zu, kann jedoch im Zweifel nur so ausgeübt werden, dafs sie für den Belasteten nicht beschwerlicher wird. Im Falle blofser Abveräufserung eines Teiles aber bleibt nach der gesetzlichen Regel das Recht vielmehr ausschliefslich mit dem Stammgrundstück verbunden. Immer bleibt das Recht, falls es nur einem der Teile zum Vorteil gereicht, allein mit diesem Teil verknüpft. Aufserdem kann der Berechtigte ausdrücklich bestimmen, dafs das Recht nur mit einem der Teile verbunden sein soll[69].

VI. Umwandlung. Eine Reallast kann umgewandelt werden, indem ihr Inhalt verändert werden kann, ohne dafs davon ihr rechtlicher Bestand berührt wird. Die wichtigsten Arten der Umwandlung sind die Fixation, d. h. die Ersetzung unbestimmter Leistungen durch feste oder unständiger durch ständige, und die Adaeration, d. h. die Ersetzung von Naturalabgaben oder Diensten durch Geldrenten. Die Umwandlung hat die Erfordernisse der Begründung. Zur rechtsgeschäftlichen Umwandlung genügte gemeinrechtlich der Vertrag[70], während partikularrechtlich eine dingliche Rechtsform vorgeschrieben war und heute Einigung und Eintragung notwendig sind[71]. Soweit eine Ersitzung von Reallasten zugelassen war, mufste auch die Umwandlung durch qualifizierte Verjährung anerkannt werden[72]. Insbesondere aber kann durch Rechtssatz eine Umwandlung von Reallasten unmittelbar erfolgen oder auf

---

[69] B.G.B. § 1109. Die von der gesetzlichen Regel abweichende Bestimmung mufs dem Grundbuchamte gegenüber erklärt werden und ist eintragungsbedürftig; auch ist Zustimmung derer erforderlich, deren Rechte am Grundstück davon betroffen werden.

[70] Duncker § 34, Mittermaier § 197, Maurenbrecher § 325, Gengler, Lehrb. S. 304, Grundz. § 78 Z. 6, Bluntschli § 92; a. M. Renaud S. 115.

[71] Vgl. oben Anm. 8; B.G.B. § 877.

[72] Pufendorf, Obs. II Nr. 224, Bülow u. Hagemann III Nr. 34, Haubold S. 542, Maurenbrecher § 325, Lehmann b. Stobbe § 140 Anm. 26; Preufs. L.R. II, 7 § 428 ff., II, 11 § 923—924. — Manche lassen grundsätzlich nur Unvordenklichkeit zu; Strube, Bed. II Nr. 44, III Nr. 64, Duncker S. 169 ff., Renaud S. 116 ff., Friedlieb S. 343, Mittermaier a. a. O. Anm. 6—8 u. 11, Stobbe § 103 III.

Digitized by Google

Verlangen eines Teils eintreten. Gesetzliche Fixationen und Adaerationen haben vielfach stattgefunden[73] und bilden für die neuere Ablösungsgesetzgebung eine unentbehrliche Vorstufe der Ablösung[74].

VII. Beendigung.

1. Die rechtsgeschäftliche Aufhebung einer Reallast fordert, wenn die Reallast im Grundbuch eingetragen ist, dinglichen Verzicht und Löschung[75]. Zur Aufhebung nicht eingetragener Reallasten genügt Vertrag oder Verzicht[76].

2. Von Rechts wegen erlöschen Reallasten durch Wegfall des belasteten Grundstücks oder der belasteten Gerechtigkeit, sowie durch Eintritt einer Endfrist oder auflösenden Bedingung; steht das Recht dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks oder einer Gerechtigkeit zu oder ist es an die Person des Berechtigten gebunden, so erlischt die Reallast auch durch Wegfall der herrschenden Sache oder der berechtigten Person[77]. Dagegen ist die Vereinigung der Berechtigung mit dem Eigentum kein Beendigungsgrund[78].

---

[73] Umwandlung von Naturalzinsen in Geldzinse (vgl. schon Zürch. Gerichtsb. v. 1553 b. Schauberg S. 42), von Zehnten in Sack- oder Geldzehnten, von Lehndiensten in Lehngelder, von ungemessenen Fronden in gemessene (allgemein geboten in Bayr. V.U. IV § 7) usw.

[74] Behufs Umwandlung in eine feste Geldrente wird bei unbestimmten Leistungen der Durchschnittsertrag, bei unständigen (z. B. Besitzveränderungsabgaben) das durchschnittliche Vorkommen in einem bestimmten Zeitraum, bei allen Naturalabgaben und Dienstleistungen der durchschnittliche Schätzungswert zugrunde gelegt.

[75] B.G.B. § 875—876; nur für die Ansprüche auf rückständige Leistungen genügt nach § 1007 mit § 1178 formloser Verzicht. Ebenso nach bisherigem Recht, das aber als Löschungsgründe auch Verfügung von Todes wegen und richterliche Entscheidung anerkannte; Sächs. Gb. § 508.

[76] Dies mufs auch unter der Herrschaft des B.G.B. für nicht eingetragene Reallasten (z. B. solche älterer Herkunft oder Ablösungsrenten) gelten.

[77] Nach dem Sächs. Gb. § 508 ist dies nur Löschungsgrund, während Wegfall der belasteten Sache und Ablauf der gesetzten Zeit auch hier Beendigungsgründe sind.

[78] B.G.B. § 889 (mit der aus § 1178 Abs. 1 folgenden Ausnahme für Ansprüche auf rückständige Leistungen). — So auch nach bisherigem Recht jedenfalls bei eingetragenen Reallasten; Sächs. Gb. § 508. Im übrigen wurde die Vereinigung als Beendigungsgrund angesehen; Duncker S. 149, Eichhorn § 167, Mittermaier § 198 I, Gerber § 172, Roth § 285 Anm. 15, Gengler, Grundz. § 80; Preufs. L.R. I, 16 § 482, Entsch. des O.T. XIII 232, XLII 107, XLIX 169. Begründete Bedenken hiergegen bei Stobbe-Lehmann § 140 Anm. 33. Ausdrücklich schreibt das Bad. L.R. Art. 710 e b bei Zehnten blofses Ruhen vor.

Digitized by Google

3. Durch Verjährung geht nach bisherigem gemeinen Recht die Reallast unter, wenn während der Verjährungszeit nicht nur der Berechtigte keine Leistung gefordert, sondern auch der Verpflichtete die Leistung verweigert und der Berechtigte sich hierbei beruhigt hat, somit Verjährung des Anspruchs und Ersitzung der Eigentumsfreiheit zusammentreffen[79]. Nach Partikularrechten aber genügt Nichtgebrauch in der Verjährungszeit[80]. Die eingetragene Reallast ist der Verjährung nicht unterworfen[81]. Doch kann eine als Personalrecht eingetragene Reallast, wenn der Berechtigte unbekannt ist und zehn Jahre lang weder eine die Reallast betreffende Eintragung noch eine zur Unterbrechung der Verjährung geeignete Rechtsanerkennung stattgefunden hat, dadurch zum Erlöschen gebracht werden, dafs das Recht im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen wird[82]. Die Ansprüche auf die einzelnen fälligen Leistungen unterliegen auch bei eingetragenen Reallasten der Verjährung[83]. Hiervon wird aber das Recht im Ganzen nicht berührt[84].

---

[79] „Qualifizierte Verjährung" in 30 oder 40 Jahren wird überwiegend von der Praxis für erforderlich und ausreichend gehalten; Seuff. I Nr. 185, II Nr. 13, III Nr. 138, IX Nr. 117 u. 323, XVII Nr. 83, XX Nr. 154, XXX Nr. 225, XXXII Nr. 330, XXXIII Nr. 242, LIII Nr. 96 (R.Ger.); ebenso Hagemann, Landwirtschaftsr. S. 483, Renaud S. 125 ff., Bluntschli § 92 Z. 5, Gengler, Grundz. § 80; auch Zürch. Gb. § 321 (771). — In älterer Zeit wurden mitunter die Regeln über das Erlöschen von Servituten in 10 oder 20 Jahren angewendet; vgl. Duncker S. 152. Eine andere Ansicht hält zwar bloßen Nichtgebrauch für ausreichend, fordert aber 30 oder 40 Jahre; Eichhorn § 167, Duncker S. 156 ff., Walter § 153 III, Stobbe-Lehmann § 140 Anm. 46; Seuff. III Nr. 3, V Nr. 6. Manche lassen nur die Klage verjähren, nicht das Recht selbst, das nur durch Unvordenklichkeit erlösche; Gerber § 172, Friedlieb § 90. Wieder Andere schließen jede Verjährung aufser der Unvordenklichkeit aus; Unterholzner II 227, Mittermaier § 198 IV, anscheinend auch Beseler § 96 V.

[80] Frankf. Ref. II, 7 § 16; Kurköln. L.R. XVI b. Maurenbrecher I 461; Trier. L.R. XXI § 5; Preuß. L.R. I, 9 § 509, 656 ff., II, 11 § 870—871; Österr. Gb. § 1480 u. 1484; weitere Nachweise b. Mittermaier a. a. O. Anm. 13—15, Stobbe a. a. O.

[81] Im Falle unrichtiger Löschung tritt nach B.G.B. § 906 Buchversitzung auf Grund der Anspruchsverjährung in 30 Jahren ein.

[82] B.G.B. § 1112 mit § 1104 u. 1170. Ähnlich schon Sächs. Gb. § 509 mit § 461 (aber erst in 30 Jahren).

[83] Nach geltendem Recht in 4 Jahren; oben Anm. 36 u. 45. Gemeinrechtlich erst in 30 Jahren. — Unrichtig Renaud S. 98.

[84] Dagegen können, wenn das Recht im Ganzen verjährt ist, auch einzelne Rückstände nicht mehr gefordert werden; Stobbe-Lehmann § 140 Anm. 50.

Digitized by Google

4. Gleich anderen Rechten an Grundstücken erlöschen Reallasten durch lastenfreien Erwerb des Grundstückes im Wege des Zuschlags bei der Zwangsversteigerung[85] oder im Wege der Enteignung[86].

5. Durch Ablösung erlischt eine Reallast, wenn sie gegen Ersatz ihres Wertes an den Berechtigten aufgehoben wird.

a. Die privatrechtliche Ablösung erfolgt durch Rechtsgeschäft. Hierzu ist an sich, da weder der Verpflichtete dem Berechtigten ein Surrogat aufdrängen, noch der Berechtigte ein Surrogat fordern kann, vertragsmäfsige Einigung erforderlich[87]. Dagegen genügt bei den ablöslichen Reallasten eine einseitige Willenserklärung. Das einseitige Ablösungsrecht steht regelmäfsig nur dem Verpflichteten zu. Soweit das Landesgesetz unablösliche Reallasten ausschliefst, ist das Ablösungsrecht des Verpflichteten auch ohne besondere Festsetzung begründet. Die Ausübung ist an die vereinbarte oder gesetzliche Kündigungsfrist gebunden. Gehörige Kündigung bewirkt, dafs mit dem bestimmten Zeitpunkte die Reallastverpflichtung durch die Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten oder gesetzlichen Ablösungssumme ersetzt wird[88]. Das Ablösungsrecht kann auch dem Berechtigten eingeräumt werden[89].

b. Die öffentlichrechtliche Ablösung erfolgt durch staatliche Willenserklärung. Sie hat die Natur einer Enteignung, vermöge deren aus Gründen des öffentlichen Wohls ein dingliches Recht gegen Wertersatz aufgehoben wird.

Nachdem vereinzelt schon seit dem Mittelalter durch gesetzgeberischen Eingriff unablösliche Reallasten in ablösliche verwandelt

---

[85] Zw.V.G. § 52 u. 91. Jedoch bleiben Überbau- und Notwegsrenten bestehen, wenn sie auch im geringsten Gebot nicht berücksichtigt sind. Ebenso nach Landesrecht nicht eintragungsbedürftige Reallasten und überdies das Altenteilsrecht (oben § 145 S. 659 Anm. 8). — Nach älterem Recht gingen die Reallasten durch Zwangsversteigerung nicht unter; v. Wächter, Erörter. I 128. Friedlieb S. 248, v. Meibom S. 506, Stobbe-Lehmann § 140 Anm. 35. Vgl. aber schon Sächs. Gb. § 519, Preufs. G. v. 13. Juli 1883 § 60, Roth, Bayr. C.R. § 172 Anm. 11, Seuff. XXIV Nr. 195.

[86] Vgl. oben § 128 S. 501 Anm. 174 u. 177.

[87] R.Ger. X Nr. 47. Hieran hielten auch manche die Ablösung befördernde ältere Staatsgesetze fest; so Bayr. Ed. v. 28. Juli 1808 u. Beil. VI z. V.U. v. 1818.

[88] Vgl. oben § 148 S. 718 Anm. 78: dazu unten § 151. Die dingliche Ablösungsschuld (oben II 1 S. 724) erlischt erst durch Löschung.

[89] Das Verbot des B.G.B. § 1201 Abs. 2 gilt nicht für Reallasten; vgl. aber unten § 151.

Digitized by Google

waren[90], hat die moderne Ablösungsgesetzgebung, die ein wesentliches Stück der auf die Bauernbefreiung gerichteten Agrargesetzgebung bildet, in grofsem Mafsstabe nicht nur die Ablöslichkeit überkommener Reallasten ausgesprochen, sondern auch die Durchführung der Ablösung mittels eines öffentlichrechtlichen Verfahrens teils befördert, teils erzwungen[91]. In diesem Sinne ergingen seit dem Anfange des neunzehnten Jahrhunderts, insbesondere aber seit dem Jahre 1848[92], in fast allen deutschen Staaten zahlreiche Ablösungsgesetze[93]. Der Ablösung wurden, von

---

[90] Vgl. z. B. Lüb. R. v. 1294 b. Hach II 126 u. 127; Priv. f. Goslar v. 1390 b. Göschen S. 122 (Kraut § 141 Nr. 1); Ver. f. Freiburg i. U. v. 1420, Basel v. 1527, Solothurn v. 1545 b. Huber IV 784 Anm.; Bamberger Zehntvertrag v. 1525 b. Gengler, Lehrb. S. 319 ff.; Stobbe-Lehmann § 195 Anm. 60.

[91] Judeich, Die Grundentlastung in Deutschland, Leipz. 1863. Gierke, „Ablösungskapitalien" u. „Ablösungssachen" in Holtzendorffs Rechtslex. I 14 ff. Art. „Ablösungen der Reallasten" in Stengels Wörterb. d. Verwaltungsr. I 8 ff. Art. „Bauernbefreiung" im Handwörterb. d. Staatsw. II 314 ff. — Lette u. v. Rönne, Die Landeskulturgesetzgebung des Preufs. Staats, Berlin 1853 u. 54. Glatzel, Die Preufsische Agrargesetzgebung, Berlin 1895, S. 26 ff. v. Stengel, Die Grundentlastung in Bayern, Würzb. 1874. Meurer, Das Zehnt- und Bodenzinsrecht in Bayern, Stuttg. 1898, S. 26 ff. — Friedlieb S. 78 ff. — Mittermaier § 199. Beseler § 100. Stobbe-Lehmann § 195 IV. Dernburg, B.R. III § 55. — v. Stein, Verwaltungslehre VII 202 ff. Rösler, V.R. I § 148 ff. G. Meyer, V.R. § 101—102. — Neubauer, Zusammenstellung S. 44 ff.

[92] Die deutschen Grundrechte § 34—36 (R.V. v. 1849 § 166—168) wollten die Ablösbarkeit aller nicht sofort aufzuhebenden Grundlasten aussprechen. Vgl. Preufs. V.U. Art. 40. Oldenb. V.U. v. 1849 Art. 59 (v. 1852 Art. 63).

[93] Preufs. Ges. v. 2. März 1850 (vorher bes. Ablös.O. v. 7. Juni 1821) und für Mühlengrundstücke G. v. 11. März 1850. Für Kurhessen V. v. 13. Mai 1867 u. G. v. 23. Juli 1876 (vorher G. v. 23. Juni 1832, 31. März 1835, 26. Aug. 1848 u. 20. Juni 1850). Für Hannover V. v. 28. Sept. 1867 u. G. v. 3. Apr. 1869 (vorher G. v. 28. Nov. 1831 u. 23. Juli 1833). Für Nassau G. v. 5. Apr. 1869 u. 15. Febr. 1872 (vorher G. v. 14. Juni 1841, 24. Dez. 1848, 14. Apr. 1849). Für Schlesw.-Holst. G. v. 3. Jan. 1873. Für Hohenzollern G. v. 28. Lai 1860. — Bayr. G. v. 4. Juni 1848, 28. Apr. 1872 u. 2. Febr. 1898 mit A.G. z. B.G.B. Art. 141, 163, 173 u. G. v. 18. Dez. 1901; dazu G. v. 23. Febr. 1868 über Ablösbarkeit der Ehehaftsverhältnisse mit A.G. z. B.G.B. Art. 158. — Sächs. G. v. 17. März 1832, 14. Juli 1840, 21. Juli 1846, 10. Febr. 1851, 15. Mai 1851, 5. März 1879. — Württ. Ed. v. 18. Nov. 1817, G. v. 27. Okt. 1836, 28. Okt. 1836, 29. Okt. 1836, 14. Apr. 1848, 17. Juni 1849. — Bad. G. v. 5. Okt. 1820, 28. Nov. 1831, 15. Nov. 1833, 10. Apr. 1848, 21. Apr. 1849. — Hess. G. v. 24. Juni 1899 (vorher G. v. 15. Aug. 1816, 13. März 1824, 27. Juni 1836, 2. Febr. 1841 u. andere Ges., aufgehoben durch G. v. 1899 Art. 22). — Oldenb. G. v. 11. Febr. 1851 u. v. 24. März 1870. — Weim. G. v. 28. Apr. 1869 (vorher v. 1821 u. v. 18. Mai 1848). — Altenb. G.

Digitized by Google

den rein öffentlichen Lasten der Grundstücke abgesehen[94], mehr und mehr alle unablöslichen ewigen Reallasten, soweit sie nicht unmittelbar aufgehoben wurden, unterworfen[95]. Auch die anfangs oft ausgenommenen Reallasten zugunsten von Kirchen, Schulen und milden Stiftungen wurden später in die Ablösung hineingezogen[96]. Vorübergehende Reallasten unterliegen der Ablösung nicht.

Die öffentlichrechtliche Ablösung erfolgt auf den Antrag (Provokation) eines Beteiligten. Das Antragsrecht wurde von älteren Gesetzen oft nur dem Verpflichteten gegeben, steht dagegen nach den geltenden Gesetzen auch dem Berechtigten zu[97]. Eine Verpflichtung, die Ablösung zu beantragen, besteht nicht. Doch wurde vielfach das Antragsrecht an eine Ausschlufsfrist gebunden. nach deren Ablauf nur noch die privatrechtliche Ablösung durch den Verpflichteten mit höherer Ablösungssumme zulässig bleibt. Einzelne Gesetze übten sogar einen mittelbaren Ablösungszwang, indem sie mangels Antrages innerhalb der Ausschlufsfrist die Reallast ohne Entschädigung erlöschen liefsen. Als Ablösungsbehörden

---

23. Mai 1837, 17. Jan. 1849 u. 6. Aug. 1849 mit späteren Novellen. — Kob.-G. v. 16. Aug. 1835 u. 25. Jan. 1849 mit Nachtrag v. 21. Dez. 1850; Goth. G. v. 20. Okt. 1848, 5. Nov. 1853 u. 11. Dez. 1854. — Mein. G. v. 23. März 1846, 6. Juni 1848 u. 5. Mai 1850 mit späteren Novellen. — Braunschw. G. v. 20. Dez. 1834 u. 12. Febr. 1840. — Anhalt-Bernb. G. v. 23. Sept. 1849, Dessau u. Köthen v. 26. März 1850, Anhalt. v. 19. Febr. 1873 u. 25. Juli 1879. — Sondersh. G. v. 28. März 1848, 8. Apr. 1850, 12. Febr. u. 18. Sept. 1876. — Rudolst. G. v. 27. Apr. 1849 u. Novellen. — Reufs. ä. L. G. v. 11. März 1857 u. 10. Juli 1873. — Reufs j. L. G. v. 23. März 1838 u. 15. Jan. 1858. — Lipp. G. v. 4. Sept. 1839, 30. Nov. 1849, 26. Aug. 1857 u. 26. Febr. 1868. — Schaumb. G. v. 24. Jan. 1845 u. 26. Apr. 1870. — Waldeck. G. v. 15. Sept. 1842, 7. Juli 1848, 25. Jan. 1869. — Brem. G. v. 8. Juli 1850 u. 15. Jan. 1889. — Hamb. V. v. 24. Sept. 1849. — Österr. G. v. 7. Sept. 1848 mit Pat. v. 4. März 1849 u. spätere Ver. — Schweiz. G. b. Huber III 426 ff. u. IV 784 Anm. — Keine Ablösungsgesetze gibt es in Mecklenburg.

[94] Preufs. G. v. 2. März 1850 § 6.

[95] Insbesondere also Grundzinsen, Zehnten und Fronden, aber auch Besitzveränderungsabgaben, Faselviehhaltungslast usw.; vgl. z. B. Preufs. G. v. 1850 § 8—58, Bayr. v. 1848 Art. 2 ff., Hess. v. 1899 Art. 1.

[96] Vgl. z. B. Preufs. G. v. 27. Apr. 1872 u. 15. März 1879, Württ. G. v. 19. Apr. 1865, Weimar. v. 13. Juni 1878 u. 5. Juni 1890, Goth. v. 4. März 1876, Braunschw. v. 23. Apr. 1867, Waldeck. v. 2. Febr. 1870, Brem. v. 27. März 1877.

[97] Preufs. G. v. 1850 § 95. Doch kann der Berechtigte nur einheitlich für alle Reallasten auf Grundstücken derselben Gemeindeflur die Ablösung beantragen. Auch hat er bisweilen das Recht nur binnen einer Ausschlufsfrist; Preufs. G. z. 27. Apr. 1872 § 8.

Digitized by Google

fungieren entweder die für agrarische Auseinandersetzungen errichteten Spezialbehörden oder die ordentlichen Verwaltungsbehörden[98]. Das Ablösungsverfahren richtet sich auf Feststellung des Ablösungsfalles und des Ablösungsbetrages. Zu diesem Behufe wird Inhalt und Umfang der Reallast ermittelt und ihr durchschnittlicher Jahreswert abgeschätzt. Die dem Jahreswert entsprechende Geldrente, in die erforderlichenfalls die Reallast durch Fixation und Adäration umgewandelt wird, bildet die Ablösungsrente[99], ein gesetzlich bestimmtes Vielfaches dieser Rente die Ablösungssumme[100]. Auf Grund der endgültigen Feststellung wird die Ablösung durch staatlichen Willensakt in Gestalt eines behördlich bestätigten Ablösungsrezesses vollzogen[101]. Hiermit tritt an Stelle der bisherigen Reallast die Ablösungsschuld. Der Verpflichtete ist befugt, sofort die Ablösungssumme bar auszuzahlen und hierdurch zugleich die Ablösungsrente zu tilgen[102]. Der Staat aber ermöglicht ihm eine allmähliche Abtragung der Ablösungsschuld, indem er, falls keine Barablösung erfolgt, seinerseits die Vermittlung der Ablösung übernimmt oder hierfür errichteten öffentlichen Anstalten (Rentenbanken oder Ablösungskassen) überträgt[103]. In diesem Falle befriedigt der Staat oder

---

[98] Vgl. oben Bd. I 595 Anm. 1. Die Ablösungsbehörden haben vielfach zugleich als Sondergerichte gemäfs R.G.V.G. § 14 Z. 2 über einschlägige bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, z. B. über Dasein und Umfang der Reallast, zu entscheiden; so in Preufsen die Generalkommissionen und in höherer Instanz das Oberlandeskulturgericht. Anderswo entscheiden die Verwaltungsgerichte; Hess. Ges. v. 12. Juni 1874 Art. 48, Bayr. v. 8. Aug. 1878 Art. 8 Nr. 11.

[99] Vgl. oben S. 732 Anm. 74. Dabei wird der Wert etwaiger Gegenleistungen abgezogen; Preuſs. G. v. 1850 § 60—62. In Preufsen kann der Verpflichtete verlangen, daſs ein Drittel des Reinertrages frei bleibe; a. a. O. § 63.

[100] Die Ablösungssumme beträgt in Preufsen das Achtzehnfache der Rente, bei Reallasten für Kirchen usw. das Fünfundzwanzigfache (bei Antrag des Berechtigten nur das 22²/₉fache). Auch in Bayern und Hessen bildet die Kapitalisierung mit 18 die Regel (daneben nach Hess. G. v. 1899 Art. 6 in gewissen Fällen 21, 25 oder 29). In Hannover, Sachsen, Braunschweig und Lippe 25; in Württ. 10, 12, 16 oder 20; in Baden 9—20; in Weimar 16—20; in Kob. 16 oder 18; in Mein. 12—18; in Osterreich 20.

[101] Der Ablösungsrezeſs wird von den Beteiligten unterschrieben, ist aber kein Vertrag, sondern ein rechtsbegründender Verwaltungsakt; G. Meyer, V.R. I 302 ff.

[102] In früherer Zeit gewährte der Staat oft Zuschüsse zur Barablösung; so in Baden 1833, in Württemberg 1836.

[103] In Preufsen den als Provinzialanstalten mit Staatsgarantie errichteten Rentenbanken; G. v. 2. März 1850 u. 27. Juni 1860; Ges. für die neuen Pro-

Digitized by Google

die Anstalt den Berechtigten entweder durch Barzahlung aus öffentlichen Mitteln oder durch Hingabe verzinslicher Schuldverschreibungen auf den Inhaber im Betrage der etwas erhöhten Ablösungssumme[104]. Hiermit ist das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten erledigt. Der Staat oder die Anstalt aber rückt in das Recht auf den Fortbezug der Ablösungsrente ein[105]. Die an den Staat oder die Anstalt zu entrichtende Ablösungsrente behält die Natur einer privatrechtlichen Reallast, ist aber regelmäfsig der Eintragung nicht bedürftig und hinsichtlich der Befriedigung aus dem Grundstück bevorzugt[106]. Den Überschufs der Ablösungsrente über den zur Verzinsung des Ablösungskapitals erforderlichen Betrag verwendet der Staat oder die Anstalt zur plangemäfsen Tilgung der Ablösungsschuld. Ist dieses Ziel erreicht, so erlischt die Ablösungsrente und das Grundstück ist endgültig befreit[107].

---

vinzen b. G. Meyer S. 303 Anm. 7. In Sachsen der Landrentenbank; G. v. 17. März 1832. Besondere Ablösungskassen bestehen in Bayern (G. v. 4. Juni 1848 Art. 7, 25 ff., v. 2. Febr. 1898 Art. 15 ff.), Württemberg und vielen thüring. Staaten. Ebenso eine Zehntschuldentilgungskasse in Baden. Die Anstalten sind vielfach nach einer Reihe von Jahren geschlossen, zum Teil aber für erneute Ablösungen wieder eröffnet worden. — In Hessen besorgt die Staatsschuldentilgungskasse die Ablösungen (G. v. 1836, 1848, 1852 u. 1899 Art. 15). Ebenso in Koburg-Gotha seit G. v. 22. Juni 1858 die Staatskasse. — Weitere Nachweise b. G. Meyer a. a. O.

[104] In Preufsen durch Hingabe zu 4 v. H. verzinslicher Rentenbriefe im zwanzig-(statt achtzehn-)fachen Betrage. Ähnlich in Bayern durch Ablösungsschuldbriefe im zwanzigfachen Betrage. Dagegen in Hessen durch Barzahlung; G. v. 1899 Art. 15.

[105] Ältere Gesetze liefsen bisweilen die Reallast ganz erlöschen und gewährten nur das Recht auf Eintragung einer Hypothek wegen der dem Verpflichteten dargeliehenen Ablösungssumme; Gierke a. a. O. S. 14. In Hessen tritt jetzt an Stelle der Reallast eine Tilgungsrente zur Verzinsung und Tilgung des Darlehns, die als Reallast gilt, aber der Eintragung nicht bedarf; G. v. 1899 Art. 16—17.

[106] Vgl. oben § 148 Anm. 54—56. Meist haben die Renten den Rang öffentlicher Abgaben und gehen auch solchen dinglichen Rechten vor, die den Vorrang vor der ursprünglichen Reallast hatten; Dernburg § 55 Anm. 9—10. — Ist der Staat selbst der Berechtigte, so bedarf es keiner Vermittlung und keiner Überweisung der Rente; der Staat aber bezieht die Ablösungsrente in gleicher Weise als Tilgungsrente fort; so in Preufsen als „Domänenrente“, die der Rentenbankrente gleichsteht; Rentenbankges. § 64. — Ablösungsrenten und Ablösungskapitalien, die nicht in Tilgungsrenten verwandelt sind, sind eintragungsbedürftig und haben nur den Rang der ursprünglichen Last; Altenb. A.G. z. B.G.B. § 89.

[107] In Preufsen erfolgt die Befreiung in $41^{1}/_{12}$ Jahren, jedoch, wenn der

Digitized by Google

Drittberechtigte können der Ablösung nicht widersprechen. Wer aber ein Recht an der Reallastberechtigung hat, kann für den Wegfall seines Rechts Ersatz durch verhältnismäfsige Beteiligung an dem Ablösungskapital fordern[108]. Insbesondere ergreifen, wenn die Reallastberechtigung mit einem Grundstücke verbunden ist, die Rechte am Grundstücke in gleicher Weise, wie in anderen Fällen der Teilenteignung, die Ablösungssumme[109].

6. Durch gesetzliche Aufhebung kann eine Reallast, wie jedes Recht, erlöschen. Eine Aufhebung ohne Entschädigung, wie sie in Frankreich mit einem Schlage alle Grundlasten beseitigte, hat in Deutschland nur einzelne Arten von Reallasten getroffen[110]. Gewisse Reallasten wurden in einigen deutschen Staaten gegen Entschädigung aus öffentlichen Mitteln aufgehoben[111]. Endlich haben manche Gesetze die Ablösung der Reallasten in der Form vollzogen, dafs sie unmittelbar die bisherigen Lasten aufhoben und durch Ablösungslasten der Verpflichteten ersetzten[112].

Verpflichtete von seinem Recht Gebrauch macht, an die Rentenbank statt der ermittelten Ablösungsrente ein Zehntel weniger zu zahlen, und immer bei den Reallasten für Kirchen usw. erst in 56¹/₁₂ Jahren. Der Verpflichtete kann aber durch Mehrzahlungen frühere Befreiung erwirken.

108 Dies gilt namentlich auch für die auf dem Zehntrecht ruhenden kirchlichen Baulasten und anderen Lasten; Preuß. G. v. 1850 § 60, Bayr. G. v. 4. Juni 1848 Art. 34 u. G. v. 28. Mai 1852, Württ. G. v. 17. Juni 1848 mit Vollzugsinstr. v. 21. Juli 1849.

109 Vgl. oben § 128 S. 504 ff. Über die Sicherung der Realberechtigten und das in den Ablösungsgesetzen vorgesehene „Verwendungsverfahren" vgl. Gierke a. a. O. S. 15; dazu oben § 128 Anm. 195 S. 506. Ist das berechtigte Grundstück ein Lehn oder Familienfideikommiß, so nimmt auch das Ablösungskapital Lehn- oder Fideikommißeigenschaft an; Beseler § 181 Anm. 26; Lewis, F.F. S. 196; Hess. G. v. 1899 Art. 5.

110 Besonders die aus den aufgehobenen Patrimonialverbänden fließenden Abgaben und Dienste, aber auch Jagd- und Wachtfronden, Staatsfronden, Neubruchzehnten usw.; vgl. Deut. Grundrechte v. 1848 § 35, Preuß. G. v. 2. März 1850 § 3, Bayr. G. v. 4. Juni 1848 Art. 2—4, Bad. G. v. 28. Mai 1831.

111 Vgl. z. B. Bad. G. v. 5. Okt. 1820 u. v. 13. Febr. 1851, Württ. G. v. 29. Okt. 1836.

112 So Bad. G. v. 28. Dez. 1831 (über Herrenfronden und Blutzehnten), v. 10. Apr. 1848, 13. Febr. 1851 u. 26. März 1852; Württ. G. v. 14. Apr. 1848, 17. Juni u. 24. Aug. 1849; Oldenb. St.G.G. Art. 59 (63) § 3; Öst. G. v. 7. Sept. 1848. Hier fällt die Vollziehung der Ablösung durch Verwaltungsakt weg, während im übrigen das Ablösungsverfahren sich ähnlich gestaltet, wie bei der Ablösung auf Antrag. — In Bayern ist die Umwandlung aller Reallasten in feste Geldrenten („Bodenzinse") unmittelbar durch das Gesetz vollzogen, während die Ablösung nur auf Antrag erfolgt; G. v. 4. Juni 1848 Art. 8 ff. u. 21 ff.

Digitized by Google

§ 150. Grundzinse, Zehnten und Fronden.

I. Grundzinse[1]. Grund- oder Bodenzinse (census) sind Reallasten, die zu regelmäfsig wiederkehrenden Abgaben von festem Betrage verpflichten.

1. Arten. Das deutsche Recht bildete eine Fülle verschiedener Arten von Grundzinsen mit besonderen Namen aus.

Vielfach behielten die Grundzinse je nach ihrer Entstehung aus ursprünglicher Hörigkeit oder aus Gutsleihe oder aus Gerichtsherrschaft eine ungleichartige rechtliche Beschaffenheit; sie erschienen bald als Zeichen der Anerkennung eines Herrschaftsrechts, bald als Entgelt für eingeräumtes Nutzungsrecht, bald als Entgelt für gewährten Rechtsschutz und empfingen entweder eine mehr privatrechtliche oder eine mehr öffentlichrechtliche Prägung[2]. In neuerer Zeit wurden nach Ausscheidung der rein öffentlichen Abgaben oft diejenigen Grundzinse, bei denen man Entstehung aus patrimonialen Herrschaftsverhältnissen und Wegfall der ehemaligen Gegenleistung annahm, als „Feudalzinse“ den auf rein sachenrechtlichen Titeln beruhenden und für eine fortdauernde Gegenleistung zu entrichtenden privatrechtlichen Zinsen gegenübergestellt und besonderen Regeln unterworfen[3]. Die ältere Theorie suchte eine Einteilung aller Grundzinse in vorbehaltene und auferlegte durchzuführen, gelangte aber weder zu unzweideutiger Abgrenzung dieser Begriffe, noch zu sicheren Schlüssen über die rechtliche Bedeutung des Unterschiedes[4].

---

[1] Grimm, R.A. I 495 (358) ff. Heusler, Inst. II 182 ff. Huber IV 776 ff. — Duncker, Reall. § 43 u. 50. Friedlieb S. 272 ff. — Hagemann, Landwirtschaftsr. § 251—256. — Eichhorn, D.P.R. § 252—253. Mittermaier § 175—180. Maurenbrecher § 338. Beseler § 98 a. Gengler § 82. Roth § 288 I. Bluntschli § 94. Gerber § 189. Stobbe-Lehmann § 195 II. — Kühne, Das Hundekorn, Stettin 1879. — C. Meurer, Das Zehnt- und Bodenzinsrecht in Bayern, Stuttg. 1898. — Mainzer L.R. v. 1755 t. 29. Bayr. L.R. IV c. 7 § 33. Preuß. A. L.R. II, 7 § 472—494. Bad. L.R. Art. 710 fa—fm. Öst. Gb. § 1131—1136.

[2] Oft, aber nicht immer mit Sicherheit, weisen die Namen auf den geschichtlichen Ursprung hin; so „Wachszins“ auf Altarhörigkeit, „Erbzins“ auf Erbleihe und „Wurtzins“ (census areae) auf Leihe nach Stadtrecht, „Gohühner“, „Halshühner“, „Vogthafer“, „Hundekorn“ (Kühne a. a. O.) auf Gerichtsherrschaft, „Pflege“, „Bede“ oder „Steuer“ auf allgemeine Herrschaftsverhältnisse.

[3] Dabei verfuhr man nicht ohne Willkür; Reyscher, Württ. P.R. I 484, Mittermaier § 176.

[4] Als „census reservativus“ bezeichneten die Meisten den bei der Gutsleihe vorbehaltenen Zins, unter „census constitutivus“ aber verstand man bald

Digitized by Google

Ihrem Inhalte nach waren die Grundzinse ursprünglich überwiegend Naturalzinse, die in Korn oder anderer Frucht, Hühnern oder Eiern, Tierfellen, Wachs oder Honig, Wein oder Bier, Pfeffer usw. zu entrichten waren[5]. Doch kamen frühzeitig daneben Geldzinse auf[6].

Nach dem belasteten Gut waren namentlich die auf dem Boden selbst ruhenden Zinse (z. B. Hubgeld, Wurtzins, Gartenhuhn) und die auf das darauf erbaute Haus gelegten Zinse (z. B. Herdgeld, Rauchhuhn oder Rauchpfennig) zu unterscheiden[7].

2. Leistung. Der Zins ist in gehöriger Qualität und Quantität zur rechten Zeit am rechten Orte zu leisten. Beim Naturalzinse ist im Zweifel Mittelgut solcher Art, wie es auf dem Grundstücke gewonnen wird, zu entrichten[8]. Doch wird der Zins in der festen Menge unabhängig vom Gutsertrage geschuldet[9], soweit nicht durch besondere Bestimmungen ein Anspruch auf Zinsnachlafs bei Mifswachs gewährt wird[10] oder eine dauernde Zins-

---

nur den kraft eines Herrschaftsverhältnisses begründeten, bald auch den rechtsgeschäftlich übernommenen Zins; Folgerungen auf die privatrechtliche oder feudale Natur des Zinses liefsen sich daraus nur gewaltsam ableiten. Vgl. ältere Literatur b. Mittermaier § 176 Anm. 5—12; ferner Eichhorn § 252, Maurenbrecher I 724 u. 740, Duncker § 43, Beseler S. 418.

[5] Anfänglich waren die Naturalzinse stets als Abgaben vom Gutsertrage gemeint, später begegnen auch Abgaben ohne engeren Zusammenhang mit dem Gutsertrage; Huber IV 777 Anm. 14.

[6] Im späteren Mittelalter haben sie in manchen Gegenden schon die Naturalzinse fast verdrängt; Huber IV 777.

[7] Letztere vervielfältigen sich mit der Anlegung neuer Hofstätten. Man darf ihnen aber deshalb nicht mit Stobbe a. a. O. Anm. 31 die Natur von Reallasten absprechen.

[8] Strube, Rechtl. Bed. III Nr. 122; Bülow u. Hagemann, Prakt. Erört. VII Nr. 75; Mittermaier § 179; Beseler § 98 a III; Bluntschli § 94 Z. 5; Stobbe a. a. O. Anm. 34; R.Ger. I Nr. 129. Vgl. auch Preufs. L.R. II, 7 § 475. — A. M. Roth Anm. 7, Seuff. XXIV Nr. 256 (mittlere empfangbare Qualität).

[9] Urk. v. 1206 b. Kraut § 116 Nr. 14; Urk. v. 1347 u. 1348 b. Mone, Zeitschr. VI 346, 347, 356; Urk. v. 1318 b. Huber IV 776 Anm. 12; Österr. Gb. § 1134; Maurenbrecher I 745; Mittermaier § 179 Z. 6; Bluntschli § 92 Z. 7; Gengler § 82 Z. 3. — Ist die zu leistende Frucht nicht gewonnen, so schreiben manche Quellen Abführung des Zinses in Geld vor; Urk. des 10. Jahrh. b. Kraut Nr. 15; andere ältere Urk. b. Huber a. a. O.; Preufs. L.R. § 476—477. Andere Nachlieferung im nächsten Jahr; Urk. v. 1338 b. Huber a. a. O.; Grimm, W. VI 589 § 10.

[10] So schon in vielen mittelalterlichen Quellen; Stobbe, Vertragsr. S. 243, Arnold, Eigent. S. 184 ff., Heusler II 182 Anm. 17, Huber IV 776 Anm. 12. Braunschw. V. v. 1740, Hess. v. 1759 b. Mittermaier Anm. 14. Bad.

Digitized by Google

herabsetzung bei Gutsverringerung eintritt[11]. Die Zinse werden ohne Mahnung an den für die einzelne Zinsart herkömmlichen oder vereinbarten, meist jährlichen Zinstagen fällig[12]. Ursprünglich galt als Regel, dafs der Zinsherr den Zins auf dem belasteten Gute zu holen habe[13]; manche Zinse aber mufsten dem Zinsherrn zu Haus und Hof gebracht werden[14], und allmählich wurde der Bringzins zur Regel und der Holzins („Gatterzins") zur Ausnahme[15].

3. Folgen der Nichtleistung. Wegen versäumter Zinse hatte einst der Zinsherr das Recht eigenmächtiger Pfändung der auf dem Gute vorhandenen Fahrnis[16]. Vielfach traten Verzugsbufsen hinzu, die bei den „Rutscherzinsen" in der Verdoppelung oder noch öfter sich wiederholenden Vervielfältigung des geschuldeten Betrages bestanden[17]. Äufsersten Falles konnte der Zinsherr sich an das Gut halten[18]. Bei den nach Hofrecht verliehenen Gütern zog fortgesetzte Zinssäumnis den Heimfall des

L.R. § 710 f f. Vgl. auch Preufs. L.R. II, 7 § 488—493, Öst. Gb. § 1133, Stobbe Anm. 39.

[11] Hannov. V. v. 23. Juli 1833 § 15 (b. Kraut Nr. 18).

[12] Die Zinstage fielen teils mit den allgemeinen Gerichtstagen zusammen, teils auf bestimmte Festtage (Ostereier, Pfingstlämmer, Fastnachtshühner, Michelshähne, Martinsgänse). Das Preufs. A. L.R. II, 7 § 478 gewährt vier Wochen nach dem Verfalltage Frist.

[13] Sachsensp. I Art. 54 § 2. Über die weitverbreitete Bestimmung, dafs der Zinssammler das Zinshuhn, wenn eine Wöchnerin im Hause ist, zurücklassen mufs, Gierke, Humor S. 14.

[14] Über den Gegenanspruch der Zinsenden auf Bewirtung Grimm, R.A. I 544 (394) ff., Maurer, Fronh. III 307 ff., Gierke a. a. O. Anm. 10, Huber IV 777.

[15] Mittermaier § 179 Anm. 6—11; Gengler § 82; Bluntschli § 94 Z. 6; Seuff. XXII Nr. 157. A. M. Stobbe Anm. 33.

[16] Oben Bd. I 340 Anm. 23, 26 u. 27.

[17] Urk. v. 773 b. Kraut Nr. 11; Sachsensp. II Art. 54 § 2; Schwabensp. (W.) c. 69; Ruprecht v. Freising I, 59; Grimm, W. I 305, III 393, 563, IV 2, 6; andere Stellen b. Stobbe, Vertragsr. S. 32 ff., Maurer, Fronr. S. 343 ff., Löning, Vertragsbruch I 81, Mittermaier § 180 Anm. 2, Huber IV 775 Anm. 10. Abgeschafft in Bayern durch Beil. IV zu V.U. v. 1818 § 14. — Über andere Verzugsbufsen Löning a. a. O. S. 254 Anm. 11, Sickel, Vertragsbruch S. 52 ff. — Übergang der Gefahr nach Grimm, W. I 103 (Kraut Nr. 13).

[18] Schwabensp. (W.) c. 69: „so sol sich der herre des guotes underwinden mit des richters boten". Öffn. v. Laufen b. Grimm, W. I 104: so mugent si daz hus u. die hoffstat, acker, wisen . . oder was denn zů dem gůt gehört angriffen, mit versetzen ald mit verkouffen, als verr, untz das si der zins, die je denn uszständ, u. der freflin, die denn von der zins wegen gevallen sind, gentzlich gewert werden.

Digitized by Google

Gutes an den Zinsherrn nach sich[19]. War für die Versäumung des Zinses sofortige Verwirkung des Gutes angedroht, so sprach man von einem „Gefahrzins“[20]. In neuerer Zeit wurden die Folgen der Nichtleistung auf die gewöhnlichen Verzugswirkungen eingeschränkt[21] und die Vorrechte der Zinsherrn hinsichtlich der Zwangsvollstreckung beseitigt[22].

4. Verhältnis zu den Renten. Aus der Umbildung der Grundzinse durch den Rentenkauf gingen im mittelalterlichen Stadtrecht ablösliche Renten oder Gülten hervor, die zwar dem allgemeinen Begriff der Grundzinse nach wie vor entsprachen, jedoch ihrer durchaus veränderten wirtschaftlichen Bedeutung gemäfs mehr und mehr den alten Grundzinsen als ein besonderes Rechtsinstitut gegenübertraten. Infolge der neueren Ablösungsgesetzgebung sind die alten Grundzinse überhaupt gröfstenteils verschwunden. Die auf den Grundstücken fortlastenden Ablösungsrenten, für die es keinen Unterschied macht, ob sie aus der Umwandlung ehemaliger Grundzinse oder anderer Reallasten entstanden sind, können als eine neue Art von Grundzinsen aufgefafst werden, sind aber den für die alten Grundzinse geltenden eigentümlichen Rechtssätzen nicht unterworfen[23].

---

[19] Meist erst nach einjährigem oder erst nach zwei-, drei-, vier- oder fünfjährigem Rückstande, mitunter aber schon nach kurzer Frist; vgl. Mittermaier § 180 Anm. 1, Stobbe-Lehmann § 191 Anm. 66, Sickel a. a. O. S. 53 ff., Huber IV 763 Anm. 28, 775 Anm. 9—11; Grimm, W. I 104 (nach 3 Jahren), 149, 517, 586, V 78 § 10, 91 § 15, 300 § 3; Schwäb. Lehnr. c. 125 (bei Zinslehen); Bayr. L.R. IV c. 7 § 33; Preufs. L.R. I, 18 § 771 ff. — Ausdrücklich schließt das Preuß. L.R. I, 21 § 818 die Einziehung wegen Zinssäumnis bei Gütern in vollem Eigentum aus. Das Österr. Gb. § 1135 kennt sie auch nicht bei Erbzinsgütern.

[20] Haltaus p. 439 (farpfennig, farzins).

[21] Preufs. L.R. II, 7 § 480, 482.

[22] Erleichterung der Zwangsvollstreckung noch nach Preufs. L.R. a. a. O. § 484—487. Konkursvorrecht nach § 493 und anderen Partikularrechten (Mittermaier § 180 Anm. 6).

[23] Dies gilt namentlich auch von den „Bodenzinsen“ in Bayern; vgl. Meurer a. a. O. S. 85 ff. Sie sind aus der Umwandlung von Reallasten aller Art hervorgegangene ablösbare dingliche Geldrenten, die auch nach dem G. v. 2. Febr. 1898 noch zugunsten von Privaten, Gemeinden und Stiftungen als dauernde Lasten fortbestehen können. Doch kann jeder Beteiligte die Übernahme durch die Staatskasse, die dann den Berechtigten abfindet, verlangen. Die der Staatskasse zustehenden Bodenzinse sind ebenso wie die Bodenzinse der Grundrentenablösungskasse Tilgungsrenten. Die Tilgung erfolgt unter Erlaß eines Teiles der Jahresleistung aus Staatsmitteln und soll im Jahre 1942 vollendet sein.

Digitized by Google

II. Zehnten[24]. Zehnten (decimae) sind Reallasten, die zur wiederkehrenden Abgabe eines Bruchteils der auf dem Grundstücke gewonnenen Erzeugnisse bestimmter Art verpflichten. Regelmäſsig gehen sie auf den zehnten, mitunter aber auch auf einen anderen (elften, zwanzigsten, sechzigsten) Teil.

1. Entstehung. Abgaben dieser Art kamen bei den römischen Kolonen vor und nahmen in den germanischen Grundherrschaften die Natur von Reallasten an[25]. Mit hingegebenem Königsgut oder sonstigem Grundbesitz erwarb auch die Kirche grundherrliche Zehntberechtigungen[26]. Die Kirche aber beanspruchte frühzeitig unter Berufung auf die Rechte der jüdischen Leviten allgemein von den Gläubigen die Abgabe des zehnten Teils der Einkünfte[27] und suchte insbesondere die Belastung aller Grundstücke mit einer kirchenrechtlichen Zehntpflicht durchzusetzen[28]. Fränkische Reichsgesetze erkannten den kirchlichen Anspruch an und führten namentlich in Sachsen den Zehnten als Kirchensteuer ein[29]. Das kanonische Recht behandelt den Zehnten durchaus als

---

[24] Birnbaum, Die rechtliche Natur der Zehnten, Bonn 1831. Sicherer, Der Zehnt nach gem. u. bayr. R., Neuburg 1845. Schnell, Das Zehntrecht nach schweiz. Rechtsqu., Z. f. schweiz. R. III 50 ff. Ch. Meurer a. a. O. (oben Anm. 1) S. 3 ff. — Duncker, Reall. S. 223 ff. Friedlieb S. 264 ff. — Richter, Kirchenr. § 309—310 u. 315. Friedberg, Kirchenr. § 174. — Mittermaier, D.P.R. § 181—188. Maurenbrecher § 334—337. Bluntschli § 95. Gerber-Cosack § 169. Beseler § 98 b. Gengler, Lehrb. S. 315 ff., Grundz. § 84. Roth § 288 V. Stobbe-Lehmann § 143. — Hagemann, Landwirtschaftsr. § 257 ff. — Koch, Preuſs. P.R. I § 357—358; Dernburg, Preuſs. P.R. I § 309, B.R. III § 204. Grefe II 334 ff. Haubold § 486. Heimbach § 367—368. Steinacker S. 525 ff. Huber III 427 ff., IV 777 ff.

[25] J. H. Boehmer, De origine et ratione decimarum in Germania, 1749. Mit starken Übertreibungen Birnbaum a. a. O. S. 46 ff., 112 ff. Dazu Waitz, V.G. IV 120 ff., VIII 347 ff. Ch. Meurer S. 17 ff. — Vgl. L. Wisig. VIII, 5, 1 u. 2, X, 1, 19; L. Bajuv. I, 13, 3.

[26] Waitz II 587; E. Löning, Gesch. des Kirchenrechts II 680 Anm. 1.

[27] E. Löning a. a. O. S. 676 ff. Meurer S. 4 ff. — Concil. Turon. II d. a. 567 und unter Androhung des Bannes für Nichtentrichtung Concil. Matiscon. II d. a. 583 can. 5 (b. Kraut § 116 Nr. 4 u. 5).

[28] Über die Begründung aus dem Obereigentum Gottes oben § 148 S. 701 Anm. 4. — Daneben hielt zwar die Kirche den Anspruch auf den Zehnt von Personaleinkünften stets fest (c. 66 C. 16 q. 1, c. 23, 26, 28 X 3, 30), hatte aber damit in Deutschland keinen bleibenden Erfolg.

[29] Cap. d. a. 779 c. 7; Cap. de villis c. 6; Cap. de partibus Saxon. c. 17. Vgl. Waitz IV 120 ff.; E. Perels, Die kirchlichen Zehnten im karolingischen Reiche, Berlin 1904. — Über den von Pipin den aus Kirchengut ausgestatteten Benefiziaten auferlegten doppelten Zehnt (decimae et nonae) Waitz IV 193 ff.

Digitized by Google

eine rein kirchenrechtliche Abgabe, die nach göttlicher Ordnung überall und ausschliefslich der Kirche gebührt[30]. Allein auf die Dauer drang die Kirche weder mit dem Gebot der allgemeinen Zehntlast noch mit dem Verbot des Laienzehnten durch[31]. Der Zehnt blieb daher oder wurde von neuem eine privatrechtliche Reallast, die zwar regelmäfsig zur Unterhaltung der Kirche bestimmt war, aber auch der Kirche nur kraft besonderer Erwerbsgründe zustand und ebenso einem weltlichen Rechtssubjekte zustehen konnte. In diesem Sinne wurde das Zehntrecht vom gemeinen Rechte aufgefafst und von der Partikulargesetzgebung geregelt[32].

2. Arten. Die Zehnten werden unter verschiedenen Gesichtspunkten eingeteilt.

a. Vor allem unterscheidet man Kirchen- und Laienzehnt (decimae ecclesiasticae und saeculares). Entscheidend ist nicht schlechthin die Person des augenblicklich Berechtigten, sondern in erster Linie die ursprüngliche oder kraft Unvordenklichkeit als ursprünglich anzunehmende Begründungsart[33]. Die Bedeutung des Unterschiedes liegt darin, dafs für die Kirchenzehnten besondere kirchenrechtliche Vorschriften gelten, die auf weltliche Zehnten unanwendbar sind[34]. Nur auf dem Kirchenzehnten ruht

---

Roth, Benefizialwesen S. 365, E. Perels S. 59 ff.; Stellen b. Kraut Nr. 9 bis 10.

[30] Decr. Grat. c. 42—68 C. 16 q. 1, c. 2—5 C. 16 q. 2, c. 1—8, C. 16 q. 7; Tit. de decimis X 3, 30, in VI° 3, 13, Clem. 3, 8, Extr. comm. 3, 7; Concil. Trid. sess. 25 c. 12 de ref.

[31] Vielfach blieben die Rittergüter und in manchen Gegenden (z. B. Mecklenburg) auch andere Güter frei. Die Laienzehnten behaupteten sich trotz der wiederholten kirchlichen Verbote durch alle Jahrhunderte. Vgl. Waitz VIII 358 ff., Richter, K.R. § 309, Meurer S. 11; Erklärung Friedrichs I. a. 1186 b. Kraut Nr. 13; Schnell a. a. O. S. 52; Huber IV 778 Anm. 19.

[32] Bayr. L.R. II c. 10; Preufs. L.R. II, 11 § 857 ff. mit II, 7 § 474; Bad. L.R. Art. 710 a, 710 e, f; Zehntordnungen b. Mittermaier § 182 Anm. 16, Gengler, Lehrb. S. 321.

[33] Mittermaier § 193 I; Beseler § 98 b I. — Eine Vermutung für den geistlichen Zehnt besteht nicht; c. 29 X h. t. ist nicht mehr anwendbar.

[34] Gemeinrechtlich ist für Kirchenzehnten und nur für sie das kanonische Recht mafsgebend. — Bisweilen wurde die Verpflichtung zur Entrichtung des Kirchenzehnten an Kirchenmitgliedschaft geknüpft, so dafs die Reallast während der Besitzzeit eines Andersgläubigen ruhte; Preufs. L.R. II, 11 § 872, dazu Dernburg, B.R. III § 204 II.

Digitized by Google

namentlich die nach gemeinem Recht den Zehntherrn treffende subsidiäre Kirchenbaulast[85].

b. Je nachdem das Zehntrecht eine ganze Gemarkung oder bestimmte einzelne Grundstücke ergreift, unterscheidet man Universal- und Partikularzehnt. Der Universalzehnt belastet im Zweifel alle zur Gemarkung gehörigen Äcker und Weinberge, seltener die Wiesen und regelmäfsig nicht die Gärten und die Allmende[86].

c. Je nachdem der Zehnt von allen oder nur von bestimmten Fruchtarten zu entrichten ist, spricht man von General- und Spezialzehnten. Regelmäfsig wird der Zehnt nur von Gewächsen geschuldet: Feldzehnt (Fruchtzehnt, decimae praediales). Der Feldzehnt zerfällt in den „Grofszehnten“ und den „Kleinzehnten“; der erste umfafst im Zweifel alle Getreidearten und den Wein, nach manchen Gesetzen aber überhaupt alles, „was der Halm trägt“, auch Heu; der zweite die Garten- und Baumfrüchte, sowie die Wurzelgewächse[87]. Nur als Spezialzehnt begegnet ein Zehnt von den auf dem Gute gehaltenen Tieren, der als Blutzehnt (Fleischzehnt, Schmalzehnt) bezeichnet wird und sich regelmäfsig auf die jungen Tiere, mitunter auch auf Milch, Butter oder Käse, hier und da auch auf Bienenkörbe richtet[88].

d. Man unterscheidet ferner alten Zehnt und Neubruchzehnt (Rottzehnt, Novalzehnt). Auf den letzteren, der von urbar gemachtem Lande, das seit Menschengedenken wüst gelegen hat, zu entrichten ist, hat gemeinrechtlich nur ein decimator universalis Anspruch[89]. Zum Teil aber legten sich seit dem

---

[85] Gemäfs c. 7 Sess. XXI Trid., womit inhaltlich das gemeine protestantische Kirchenrecht übereinstimmt; R.Ger. b. Seuff. LV Nr. 212, Obst. L.G. f. Bayern ib. XXXVI Nr. 137, XLIX Nr. 261.

[86] Mittermaier § 184 VI; Bluntschli § 95 Z. 2 b; Stobbe b. Lehmann § 143 Anm. 6—7.

[87] Mittermaier § 183 III; Beseler § 98 V; Preufs. L.R. II, 11 § 875 ff. u. 910. Nach dem Preufs. L.R. § 875 umfafst der Generalzehnt im Zweifel nur den Grofszehnt. Anders nach gem. Recht. Vgl. Grimm, W. I 162: „Was der Wind beweht und was der Regen bespreht, ist zehntpflichtig.“

[88] Mittermaier § 183 VI; Beseler § 98 IV; Bayr. L.R. a. a. O. § 2; Preufs. L.R. § 915 ff.

[89] Strube, Bed. I Nr. 100; Bülow u. Hagemann III Nr. 33; Mittermaier § 188; Gengler, Lehrb. S. 327 ff.; Stobbe b. Lehmann § 143 Z. 3; Beseler § 98 VI, Der Neubruch S. 5 ff.; Arnold, Beitr. II 9 ff., 54 ff., 272 ff.; Preufs. L.R. § 890 ff. (Befreiung für 12 Jahre); Bad. L.R. § 170 bb u. bc.

Digitized by Google

sechzehnten Jahrhundert die Landesherrn ein Regal auf den Rottzehnten bei[40].

3. Leistung. Die Zehntlast ergreift zugleich mit dem Gute unmittelbar die ihr unterworfenen Früchte. Sie trifft daher jeden Fruchtzieher, sei er Eigentümer, Niefsbraucher oder Pächter.

Regelmäfsig aber hat der Berechtigte den ihm gebührenden Teil der Früchte abzuholen und heimzuführen[41]. Dagegen hat der Verpflichtete beim Feldzehnten die Trennung der Früchte vom Boden vorzunehmen[42]. Die getrennten Früchte hat er dem Herkommen gemäfs in Haufen oder Garben aufzustellen und eine bestimmte Zeit lang nach erfolgter Anzeige an den Berechtigten auf dem Felde stehen zu lassen[43]. Der Berechtigte kann dann den Zehnt für sich auszählen, indem er nach Belieben anfangen und auch von einem Acker auf den anderen fortzählen kann[44]. Ist er säumig, so kann der Verpflichtete die Auszählung selbst vornehmen und das Seine heimführen[45]. Beim Blutzehnten hat der Zehntherr Anspruch auf das zehnte Tier, wie es fällt[46].

Der Zehnt wird stets dann und nur dann fällig, wenn die der Zehntlast unterworfene Frucht auf dem Gute gewonnen wird. Darum gewährt einerseits Mifswachs keinen Anspruch auf Nachlafs und ungewöhnliche Fruchtgewinnung keine Befreiung[47].

---

[40] Mittermaier § 188; Reyscher § 276; Gengler, Lehrb. S. 328; Henneb. L.O. v. 1539 l. V c. 2; Württ. G. v. 17. Juli 1553.

[41] Preufs. L.R. § 909; Bad. L.R. § 710 c o. Anders beim „Pfortzehnten“.

[42] Ausnahmsweise erfolgt, wie z. B. bei manchen Futterkräutern in Württemberg (Reyscher I 513), die Abzehntung vor der Trennung.

[43] Die Frist beträgt meist 24 Stunden; Mittermaier § 185 Anm. 9. Nach Preufs. L.R. § 900 ff. braucht der Verpflichtete nur 12, bei drängender Witterung nur 6 Stunden zu warten; über die Folgen verfrühter Einführung vgl. § 907—908.

[44] Preufs. L.R. § 895—899. Im einzelnen finden sich mannigfach abweichende Bestimmungen. Beim „Schleppzehnt“ kann der Berechtigte nach einzelnen Garben zählen. Beim „fliegenden Zehnt“ kann er springen. Beim „Streuzehnt“ kann der Verpflichtete zählen. Partikularrechte schreiben die Zuziehung vereidigter Abzehnter vor. Vgl. Mittermaier § 185.

[45] „Fliehender“ Zehnt im Gegensatz zum „stehenden“. Vgl. Sachsensp. II Art. 48 § 7; Bayr. L.R. § 13; Preufs. L.R. § 903; Beseler § 98 VII, Gengler § 84 Z. 3, Huber IV 779.

[46] Nach Preufs. L.R. § 916—920 werden die vor der Aufzählung gestorbenen Stücke nicht mitgezählt; die Aufzählung erfolgt zur ortsüblichen Zeit unter Hinüberrechnung von einem Jahr ins andere; die jungen Tiere müssen eine gewisse Reife haben und Stücke mittlerer Güte sein.

[47] Doch war viel Streit über die Zehntpflichtigkeit der auf der Brache

Digitized by Google

Andererseits ist der Zehntpflichtige zur Fruchtgewinnung nicht verpflichtet, so daſs, wenn er den Anbau unterläſst, der Zehnt dem Berechtigten entgeht[48]. Ebenso hindert ihn die Zehntlast nicht an beliebigen Kulturveränderungen, ohne daſs gemeinrechtlich ein Ersatzanspruch für den Berechtigten einträte, wenn die der Zehntlast unterworfene Frucht nicht mehr gewonnen wird[49]. Doch schreiben die Partikularrechte meist Übergang der Zehntlast auf eine geeignete neue Fruchtart oder Entschädigung des Zehntherrn vor[50].

4. Umwandlung und Aufhebung. Da die Zehnten im Gegensatz zu den festen Grundzinsen mit jeder Steigerung des Ertrages durch verbesserte Wirtschaft ohne Zutun des Zehntherrn wachsen, wurden sie als besonders drückende Grundlasten empfunden. Vielfach erfolgte daher schon früh durch Rechtsgeschäft oder Verjährung und neuerdings durch Gesetz ihre Umwandlung in feste Abgaben. So entstanden neben den Zugzehnten (Naturalzehnten) die auf eine bestimmte Menge gedroschener Körner oder sonstiger Früchte gerichteten Sackzehnten und die auf eine Geldrente gehenden Geldzehnten[51]. Auf derartige Reallasten

---

gebauten Frucht; Pufendorf Obs. II Nr. 177 § 1, Mittermaier § 186 Z. 3. Nach Preuſs. L.R. § 880—883 ist sie zehntfrei; doch muſs Entschädigung geleistet werden, wenn durch sie offenbar der künftige Ertrag geschmälert ist. Auch nach der Hannov. V. v. 16. Aug. 1802 (Spangenberg IV 358) ist die Brachnutzung zehntfrei.

[48] Duncker, Reall. S. 226; Maurenbrecher § 226; Beseler § 98 VIII; Roth § 288 Anm. 4. A. M. Eichhorn § 254 IV, Friedlieb, Reall. S. 269 ff. — Partikularrechte schreiben für den Fall der absichtlichen Unterlassung des Anbaues eine Entschädigung vor; Württ. V. v. 1663 b. Reyscher I § 227 Anm. 3, Grefe § 90 Nr. 5, Haubold § 486, Heimbach § 367 Anm. 6. Obrigkeitlicher Zwang zum Anbau nach Bayr. L.R. § 9. Recht des Zehntherrn, das Gut selbst in Kultur zu nehmen, nach Preuſs. L.R. § 884.

[49] Mittermaier § 187 II; Walter § 532 Anm. 6; Gengler, Lehrb. S. 330 ff., P.R. § 84 Z. 4; Stobbe a. a. O. Anm. 16; Roth a. a. O. Anm. 35; Bad. L.R. Art. 710 c t. — A. M. auch für das gemeine Recht Eichhorn § 254 IV, Gerber § 190, Friedlieb S. 269 ff., Maurenbrecher § 336, Bluntschli § 95 Z. 4, Beseler § 98 VIII.

[50] Preuſs. L.R. § 885—888; Grefe § 90 VI; Haubold § 486; Reyscher I § 277 Anm. 2 u. 4; Arnold, Beitr. II 134 ff., 377; Mittermaier a. a. O. Anm. 16; Gengler, Lehrb. S. 331 ff. — Ältere Partikularrechte binden die Kulturveränderung an Genehmigung des Zehntherrn.

[51] Bülow u. Hagemann III Nr. 34, VII Nr. 43, Mittermaier § 183 Anm. 23; Tiroler L.O. v. 1536 T. VI; Preuſs. L.R. § 922—936. Bis zum Eintritt wirklicher Verjährung kann der Berechtigte, wenn er noch so lange Zeit

Digitized by Google

bleiben, soweit der veränderte Inhalt dies zuläfst, die für Zehnten geltenden Rechtssätze anwendbar[52]. Durch die neuere Ablösungsgesetzgebung sind die Zehnten überhaupt fast durchweg beseitigt[53].

III. Fronden[54]. Fronden (Dienste, Robotten, Scharwerke) sind Reallasten, die zu wiederkehrenden gemeinen Arbeitsdiensten verpflichten[55].

1. Geschichte. Die Fronden sind aus der Verknüpfung von Dienstverpflichtungen sehr verschiedenartiger Herkunft mit dem Grundbesitz der Dienstpflichtigen hervorgegangen. Zum Teil wurzeln sie in ehemaligen Hörigkeitsverhältnissen, zum Teil in Gutsleihe, zum Teil aber auch in den auf Grund der staatlichen, kommunalen oder kirchlichen Verbandszugehörigkeit zu leistenden Diensten. Seitdem man öffentlichrechtliche und privatrechtliche Grundlasten zu unterscheiden begann, sonderte man Staatsfronden, Gemeindefronden und Herrenfronden. Die Staatsfronden, zu denen man alle für staatliche Zwecke (Heer-, Gerichts- und Polizeiwesen, reisende Beamte usw.) auf die Grundstücke gelegten Dienstverpflichtungen rechnete, sind in neuerer Zeit, soweit sie nicht überhaupt weggefallen oder durch persönliche Bürgerpflichten

---

hindurch gedroschene Körner oder Geld angenommen hat, auf den Zugzehnten zurückgreifen; Preufs. L.R. § 923—924, 935.

[52] So z. B. hinsichtlich der Belastung des Nutzungsberechtigten; Seuff. XXXVIII Nr. 39. Ferner hinsichtlich der Kirchenbaulast. — Abweichende Regeln gelten natürlich bezüglich der Leistung; vgl. Preufs. L.R. § 925—929. Vielfach wurde hier auch ein Recht auf Nachlafs bei Mifswachs gewährt; Preufs. L.R. § 930—933, 936.

[53] Manche Arten von Zehnten wurden ohne Entschädigung aufgehoben (z. B. Rottzehnten, mitunter auch Blutzehnten und Kleinzehnten), andere (z. B. oft die Blutzehnten) gegen Entschädigung; oben § 149 S. 739 Anm. 111 u. 112.

[54] Wigand, Die Dienste, ihre Entstehung, Natur, Arten und Schicksale, Hamm 1828. Hagemann, Landwirtschaftsr. § 229 ff. Runde, D.P.R. § 491 ff.; Eichhorn § 248 ff.; Mittermaier § 189—195; Maurenbrecher § 340 ff.; Bluntschli § 96; Gengler § 85; Beseler § 98 c; Roth § 288 IV; Stobbe-Lehmann § 195 I. Duncker, Reall. § 52; Friedlieb S. 279 ff. Steinacker § 224 ff. Haubold § 464 ff. Sachse § 624 ff. Hesse S. 192 ff. Reyscher § 258 ff. Huber IV 779 ff. — Bayr. L.R. II c. 11. Preufs. L.R. II, 7 § 308—471.

[55] Nicht alle auf Arbeitsleistung gerichteten Reallasten gehören zu den Fronden. So nicht die oben § 148 S. 716 Anm. 68 angef. Lasten. Ebensowenig die mit einer realen Gewerbeberechtigung verbundenen reallastartigen Pflichten zu bestimmten gewerblichen Leistungen, wie sie z. B. bei den bayrischen Ehehaften begegnen; Oertmann, Bayr. Landesprivatr. § 116. Vgl. auch das vom R.Ger. LV Nr. 94 (oben § 148 S. 720 Anm. 85) behandelte Verhältnis.

Digitized by Google

ersetzt sind, in rein öffentliche Grundlasten übergegangen. Aber auch die Gemeindefronden müssen, soweit sie sich als Lasten des Grundbesitzes für kommunale Zwecke erhalten haben, zu den öffentlichen Grundlasten gezählt werden; doch stimmen sie vielfach inhaltlich mit privatrechtlichen Reallasten überein, so dafs namentlich auf die für Wege-, Kirchen- und Schulbau zu leistenden Dienste die privatrechtlichen Regeln über Hand- und Spanndienste angewendet werden können. Als privatrechtliche Reallasten erscheinen somit nur noch die Herrenfronden (Gutsfronden), die für die wirtschaftlichen Zwecke eines Gutshofes zu leisten sind. Sie aber sind zum gröfsten Teil durch die neuere Gesetzgebung ohne oder mit Entschädigung aufgehoben oder doch der Ablösung unterworfen und gehören daher im wesentlichen der Rechtsgeschichte an[56].

2. Arten. Man unterschied die Fronden nach dem Umfange der Leistungspflicht in gemessene und ungemessene Dienste[57]. Auch die ungemessenen Dienste konnten im Zweifel nicht nach Willkür, sondern nur nach dem Bedürfnis des herrschenden Guts und mit Rücksicht auf Herkommen und Billigkeit gefordert werden[58]. In neuerer Zeit wurden die ungemessenen Dienste durch die Gesetzgebung vielfach in gemessene verwandelt[59].

Nach der Art der Wiederkehr unterschied man ordentliche und aufserordentliche Fronden. Zu jenen gehören die regelmäfsig bei der Bestellung des Landes zu leistenden Ackerfronden und die entsprechenden Erntefronden, zu diesen die Jagd- und Forstfronden, die Baufronden, die Wachtdienste und die Herbergslast[60].

---

[56] Dafs auch in Preufsen noch unabgelöste Fronden vorkommen können, zeigt das Erk. des R.Ger. 1 Nr. 49.

[57] Im Mittelalter sind die Dienste stets gemessen; die ungemessenen Dienste scheinen erst seit dem 17. Jahrh. aufgekommen zu sein. Später wollten Manche sogar eine Vermutung für ungemessene Dienste aufstellen. Vgl. die ältere Lit. b. Mittermaier § 190 Anm. 22; ferner Mittermaier § 195, Stobbe-Lehmann § 195 Anm. 15.

[58] Hagemann a. a. O. § 237; Haubold § 468 Anm. d; Mittermaier § 195 Anm. 5—8; Beseler S. 424. Vgl. jedoch Preufs. G. v. 21. Apr. 1825 § 6 b. Kraut § 117 Nr. 7.

[59] Preufs. L.R. II, 7 § 314 ff.; Württ. Ed. v. 1817 (Reyscher I § 260); Bayr. G. v. 1818 (oben § 149 S. 732 Anm. 73).

[60] Mittermaier § 193—194. Auch Botendienste kamen als Reallasten vor; Haubold § 469 Anm. c, Stobbe-Lehmann Anm. 7, Preufs. L.R. II, 7 § 410. Ausgeschlossen sind Handwerkerdienste und Dienste für ein auf dem

Digitized by Google

Je nachdem die Dienste gleichzeitig von allen Pflichtigen oder abwechselnd nach einer bestimmten Reihenfolge der belasteten Güter zu leisten sind, unterschied man sässige und walzende (Reihe-) Fronden.

Sehr alt ist die Unterscheidung von Hand- und Spanndiensten[61]. Bei diesen muſs der Pflichtige taugliches Zugvieh und Geschirr, bei jenen das erforderliche Gerät mitbringen und in Stand halten[62].

3. Leistung. In der Beschaffenheit der zu leistenden Dienste ist die allgemeine Regel begründet, daſs der Eigentümer des belasteten Guts die Fronden nicht in Person zu verrichten braucht, sondern dazu taugliche Arbeiter (Hausgenossen, Gesinde oder Tagelöhner) schicken darf[63]. Der Berechtigte muſs den Dienst am Tage vorher ansagen und kann eine der Ansage gemäſs angebotene, aber nicht in Empfang genommene Leistung nicht nachfordern[64]. Die Dauer der Arbeitszeit ist bisweilen nach Stunden, meist aber nach ortsüblichen Arbeitstagen bestimmt[65]. Für den Fall der Säumigkeit oder Nachlässigkeit der Fronenden standen früher dem Berechtigten vielfach Zwangsbefugnisse zu[66].

Lande ungewöhnliches Gewerbe; Haubold § 464 Anm. f, 465 Anm. e, Stobbe Anm. 9—10, Preuſs. L.R. § 312, 391.

[61] „Carropera et manopera" in Ed. Pistense Caroli II d. a. 864 c. 29 (Kraut Nr. 1). Vgl. Preuſs. L.R. § 323 ff., 349 ff.

[62] Osnabrück. Eigt.O. c. 13 § 5 u. 8 b. Kraut Nr. 9 u. 11; Preuſs. L.R. § 358 ff.; Mittermaier § 192 Anm. 3—4; Hagemann a. a. O. § 325; Bülow u. Hagemann, Erört. III Nr. 58; Reyscher I § 259; Stobbe Anm. 12—13; Beseler S. 424.

[63] Kind, Quaest. for. II q. 11; Bülow u. Hagemann III Nr. 58, Haubold § 467 Anm. c; Beseler S. 424; Preuſs. L.R. § 353 ff.

[64] Mittermaier § 192 Anm. 1 u. 8; Wigand, Provinzialr. v. Minden I 384; Reyscher I 461; Haubold § 467 Anm. d; Hagemann § 235 Nr. 3; Beseler Anm. 30; Stobbe Anm. 20; Preuſs. L.R. § 332 (mit abweichenden Bestimmungen für unvermutete Fälle in § 333).

[65] Der Arbeitstag ist im Zweifel nach der ortsüblichen Arbeitszeit des Gesindes oder der Tagelöhner zu bemessen. Bisweilen umfaſst er die Zeit von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang. Die Zeit für den Hin- und Rückweg ist im Zweifel einzurechnen, was aber sehr bestritten war. Immer können die Dienste nur an Werktagen gefordert werden. Vgl. Hagemann S. 436; Bülow u. Hagemann VII Nr. 109; Ortloff, Jurist. Abh. 1 Nr. 10; Mittermaier § 192 Anm. 5—7; Wigand a. a. O. I 389 ff.; Beseler S. 424 II; Stobbe Anm. 18—19; Haubold § 467 Anm. f; Osnabrück. Eigt.O. c. 13 § 4 (Kraut Nr. 8); Preuſs. L.R. § 361 ff.

[66] Insbesondere ein körperliches Züchtigungsrecht (Dienstzwang) und ein eigenmächtiges Pfändungsrecht wegen der für versäumte Dienste zu leistenden

Digitized by Google

Die Dienste sind im Zweifel unentgeltlich zu leisten. Meist aber hatte der Pflichtige einen Anspruch auf Beköstigung während des Dienstes und oft auch auf eine Vergütung in Geld (Pröve)[67]. Die geschuldete Gegenleistung kann auch als Reallast auf dem Gutshofe ruhen[68].

§ 151. Renten als Reallasten[1].

I. Begriff. Renten sind zu wiederkehrenden festen Abgaben verpflichtende Reallasten, die durch ein selbständiges Privatrechtsgeschäft begründet sind. Sie haben den gleichen Inhalt, wie

---

Entschädigung (Frongelder). Vgl. Eichhorn § 71 Nr. VI, § 264; Hagemann § 222; Mittermaier § 192 Z. 11; Beseler S. 424 III; Stobbe Anm. 22; Steinacker S. 524; Heimbach § 364.

[67] Grimm, R.A. I 544 ff.; Maurer, Fronh. III 307 ff.; Gierke, Humor S. 14 Anm. 10; Hagemann § 235 Anm. 7; Haubold § 472; Beseler S. 423 Anm. 27; Stobbe Anm. 21; Preuſs. L.R. § 419; R.Ger. I Nr. 49. — Fronden, bei denen die Gegenleistung im üblichen Tagelohn bestand, wurden durch das Preuſs. G. v. 2. März 1850 § 2 Nr. 7 ohne Entschädigung aufgehoben.

[68] R.Ger. X Nr. 47. In den Weistümern wird oft die Last des Gutshofes zur Unterhaltung des Faselviehs als Entgelt für den Dienst aufgefaſst; vgl. oben § 148 S. 715 Anm. 59 u. S. 716 Anm. 68.

[1] Albrecht, Gewere § 18. Duncker, Reall. S. 69 ff. Stobbe, Z. f. D. R. XIX 178 ff. Arnold, Zur Gesch. des Eigent. S. 87 ff. Neumann, Zur Gesch. des Wuchers in Deut. S. 212 ff. v. Duhn, Deutschrechtl. Arbeiten S. 107 ff. Brunner in Holtzendorffs Rechtslex. III 434 ff. Heusler, Inst. I 355 ff., II 150 ff. Schröder, R.G. S. 727 ff. — Mittermaier, D.P.R. § 283. Maurenbrecher § 328. Bluntschli § 97—98. Roth § 288 II. Beseler S. 436 ff. Gengler § 83. Gerber-Cosack § 171. Stobbe-Lehmann § 142. — Kraut, Grundriſs § 109. — Donandt, Versuch einer Gesch. des Brem. Stadtr. II 309 ff. Höpken, Das Bremische Pfandrecht am liegenden Gut, Brem. Jahrb. VII (1874) S. 68 ff. — Pauli, Abh. IV: Die sog. Wieboldsrenten oder die Rentenkäufe des Lüb. R., Lüb. 1865. Rehme, Das Lübecker Oberstadtbuch S. 45 ff., 94 ff. — Baumeister, Hamb. Privatr. I 168 ff. — Gobbers, Erbleihe und Rentenkauf in Köln, Z. f. R.G. XVII 150 ff. — Fabricius, Das älteste Stralsunder Stadtb. S. 276 ff. — O. Müller, Reall. S. 76 ff. (sächs. R.). — Rosenthal, Zur Gesch. des Eigent. in der Stadt Würzburg S. 68 ff. — Riedel, Das Ewiggeldinstitut in München, Münch. 1819. Auer, Das Stadtr. in München, Einl. S. CXXIX sq. Roth, Bayr. C.R. II § 176 ff. — Bluntschli, Zürch. R.G. I 421 ff., II 244 ff. Blumer, R.G. der schweiz. Demokr. I 456 ff. v. Wyſs, Z. f. schweiz. R. IX 3 ff. Huber IV 780 ff., III 438 ff., 460 ff., 502 ff., 536 ff. A. Hofstetter, Die verschiedenen Arten des Appenzellischen Zedels, Herisau 1894. O. Sidler, Die Gült nach Luzerner R., Luzern 1897. — Für das französ. R. Egger, Vermögenshaftung und Hypothek nach fränk. R. (unten § 155 Anm. 1) S. 175 ff.

Digitized by Google

Grundzinse, und führen im Mittelalter vielfach auch denselben Namen (census hereditarius oder arealis, zins, erbezins, huszins, wurtzins usw.). Allein sie sind durch die Ausbildung besonderer Rechtssätze zu einer eigentümlichen Art der Reallasten erhoben und mehr und mehr auch durch die Benennung als „Renten" (Grundrenten, Weichbildrenten, redditus annui), „Gülten" oder „Gelder" („Ewiggelder") von den Grundzinsen unterschieden.

II. Rentenkauf. Das Rechtsgeschäft, das die Umbildung der Grundzinse zu Renten herbeiführte, war der Rentenkauf, der in den Städten seit dem Ende des zwölften Jahrhunderts aufkam und allmählich als vorherrschendes liegenschaftliches Kreditgeschäft sich in ganz Deutschland verbreitete. Der Rentenkauf besteht darin, dafs der Grundeigentümer als Rentenverkäufer (Rentenschuldner, Gültmann) eine Geldsumme als Kaufschilling empfängt und dafür dem Geldgeber als Rentenkäufer (Rentherrn, Rentner, Gültherrn) eine auf sein Grundstück gelegte Rente verschafft. Dieses Geschäft entwickelte sich in Anlehnung an den städtischen Erbleihezins[2]. Als die städtische Geldwirtschaft das Bedürfnis der nutzbaren Anlage von angesammeltem Kapital hervorrief, stand für eine sichere Anlage zunächst nur der Erwerb von Grundbesitz offen. Der Kapitalist aber, der nur Rentenbezug wollte, konnte das erworbene Grundstück zu Leihebesitz fortgeben und sich nur einen Zins vorbehalten oder von vornherein nur Obereigentum mit dem zugehörigen Zinsrecht erwerben. So erschien vielfach bei der Erbleihe das Zinsbezugsrecht als der wesentliche Zweck und das Obereigentum als überflüssiges Beiwerk. Es lag daher nahe, dafs

[2] Über das Verhältnis des Rentenkaufs zur Erbleihe herrscht lebhafter Streit. Manche nehmen eine unmittelbare Entwicklung aus der Erbleihe an; so Arnold S. 80 ff., 136 ff., Pauli S. 2 ff., 14 ff., 148 ff., Gobbers S. 188 ff. Es läßt sich aber nachweisen, daß der Rentenkauf neben der fortbestehenden Erbleihe als besonderes Rechtsinstitut entstanden ist; Duncker S. 43 ff., Stobbe, Z. f. D. R. a. a. O. S. 179 ff., 184 ff., P.R. S. 92 ff., v. Wyfs S. 5 ff., Höpken S. 112 ff., Gothein, Wirtschaftsgesch. des Schwarzwaldes I 165 ff., Rehme S. 42 ff. u. 47 ff. Nach der Ansicht von Heusler I 355 u. Cosack b. Gerber § 171 Anm. 4 ist die verkaufte Rente ursprünglich neben dem Wurtzins als ein mit Zustimmung des Leiheherrn auf das Haus, das als Besserung im Eigentum des Beliehenen stand, gelegter zweiter Zins aufgekommen. Doch trifft dies schwerlich allgemein zu. — Wenn neuestens Schröder, R.G. S. 727, den Ausgangspunkt der Entwicklung in den durch Seelgerät auferlegten Seelzinsen (unten Anm. 7) finden will, weil sie die ältesten selbständigen Renten gewesen seien, so spricht dagegen schon die Zweckgebundenheit dieser Zinse.

Digitized by Google

der Kapitalist sich mit der Zinsbestellung in Gestalt einer selbstständigen Rente begnügte und zu diesem Behufe statt des Eigentums am Grundstücke sich nur das Eigentum an einer aus dem Grundstücke zu zahlenden Rente übertragen liefs. Die Grundeigentümer aber gingen, seitdem bei ihnen das Kapitalbedürfnis erwachte, bereitwillig auf die Belastung ihrer Grundstücke mit einer fortlaufenden Rente ein, wenn sie dafür einen Kaufpreis in barem Gelde erhielten. Einmal entstanden, konnte das neue Kreditgeschäft sich um so leichter ausbreiten, weil ihm das kanonische Zinsverbot, das dem verzinslichen Darlehen entgegenstand, kein Hindernis bereitete[3].

Der Rentenkauf wirkte auf das rechtliche Wesen der Grundzinslast umbildend ein. Im Gegensatz zu den alten Grundzinsen war diese Zinslast eine durch besonderes Rechtsgeschäft für sich bestellte, von jedem umfassenderen Herrschaftsverhältnis losgelöste, rein privatrechtliche und ausschliefslich vermögensrechtliche Grundlast. Der Grundeigentümer hatte nicht sein Grundstück im Ganzen einer fremden Oberherrschaft unterworfen, sondern nur einen Teil des aus dem Grundstücke zu ziehenden Einkommens in fremde Hand gegeben. Ihm verblieb die ungeschmälerte Herrschaft über den Sachkörper. Gleichwohl hatte er etwas, was bisher in seinem Grundeigentum enthalten gewesen war, abverkauft. Denn er hatte das Grundstück als nutzbaren Vermögensgegenstand der Mitherrschaft des Rentenkäufers unterworfen. So bildete sich die Vorstellung aus, dafs der Rentenkauf die Abveräufserung eines unkörperlichen Grundstücksteiles sei. In diesem Sinne wurde die Bestellung der Rente in die Form einer Eigentumsübertragung an einem als unkörperliche Sache ausgeschiedenen Grundstücksteile gekleidet[4] und dem Rentenbezüger eine Gewere an dieser unkörperlichen Sache zugeschrieben[5]. Als eigentlicher Gegenstand aber der eingeräumten Teilherrschaft wurde geradezu der Wert

[3] c. 1 et 2 Extrav. comm. 3, 5. Durchaus ungeschichtlich aber ist die Meinung, der Rentenkauf sei zur Umgehung des kanonischen Rechts als mutuum palliatum erfunden. Vgl. dagegen Stobbe, Z. f. D. R. a. a. O. S. 181 ff., Neumann S. 279 ff., Brunner S. 435, Gengler § 83.

[4] Unten Anm. 12. Der Entwicklungsgang spiegelt sich besonders deutlich darin, dafs, wie Rehme a. a. O. S. 114 ff. für Lübeck nachweist, ursprünglich beim Rentenkauf wie bei der Erbleihe gerichtliche Fertigung ohne Auflassung genügte, allmählich aber die Auflassung üblich und endlich notwendig wurde.

[5] Oben § 113 S. 202 Anm. 64; Urk. v. 1472 b. Kraut § 109 Nr. 6; Stobbe, Z. f. D. R. a. a. O. S. 189 ff., P.R. Anm. 23.

Digitized by Google

des Grundstückes aufgefaſst und so hier zuerst der Gedanke des Wertrechtes entwickelt[6]. Unter dem Einflusse solcher neuen Vorstellungen erfuhren dann die einzelnen Rechtssätze über Reallasten in der Anwendung auf gekaufte Renten eine mannigfache Fortbildung.

III. Sonstige Rentengeschäfte. Nachdem der Rentenkauf die Umbildung der Grundzinse in Renten bewirkt hatte, wurden auch auf Grund anderer Rechtsgeschäfte gleichartige Renten bestellt, die dem für gekaufte Renten ausgebildeten neuen Recht, soweit dies angängig war, mitunterworfen wurden. So wurden Renten durch Schenkung oder Verfügung von Todeswegen vergeben[7]. Andererseits kam bei Gutsverkäufen der Vorbehalt einer Rente in Anrechnung auf den Kaufpreis vor[8]. Auch fanden Erbteilungen in der Weise statt, daſs der Gutsübernehmer das Gut behufs Abfindung der Miterben mit Renten belastete[9]. Endlich gingen auch ehemalige Erbleihzinse seit der Umwandlung der Erbleihe in volles Eigentum vielfach in Renten über[10].

IV. Begründung. Die Begründung der Rente als Reallast erfolgte, welches Rechtsgeschäft immer ihr zu Grunde liegen mochte, erst durch einen vor Rat oder Gericht vollzogenen öffentlichen Akt[11]. Regelmäſsig war seit der vollen Ausbildung des Rechts-

---

[6] Schröder, Miteigentum S. 16 ff., R.G. S. 728, nimmt ein Miteigentum nach Verhältnis des Kapitalwertes der Rente an. Allein wirkliches Miteigentum ist ausgeschlossen, wenn die Herrschaft über den Sachkörper nicht in die Gemeinschaft fällt. Ein Wertanteilsrecht kann, da das Sachganze sich im Wert nicht erschöpft, nur begrenztes dingliches Recht sein.

[7] Vgl. über die schon seit dem 12. Jahrhundert vorkommenden Seelzinse Rosenthal a. a. O. S. 81 ff., Rietschel, Z. f. R.G. XXXV 226 Anm. 1. Ferner Duncker, Reall. S. 84 ff.; Souchay, Anm. zur Frankf. Ref. I 127—128.

[8] Stobbe, P.R. Anm. 6; Rehme S. 47 ff. — Die ältere Theorie unterschied eine derartige Rente als census reservativus vom census constitutivus; vgl. Duncker, Reall. S. 86 ff., 184 ff.

[9] v. Meibom, Jahrb. des gem. R. IV 480, 482; Stobbe Anm. 7.

[10] So der Wurtzins in Lübeck; Rehme S. 42 ff., 45 ff., 49, 86, 119 ff. Besonders bezeichnend ist, daſs sogar vom „Wiederkauf" des Wurtzinses gesprochen wird; S. 49 Anm. 29 (i. J. 1276). Vgl. auch Heusler, Inst. I 355; Rietschel, Markt u. Stadt S. 132 ff.; Schröder, R.G. S. 727. — Die Erbleihe selbst, soweit sie noch vorkam, ging mehr und mehr in Eigentumsübertragung mit Rentenvorbehalt über, weshalb sie auch mit Auflassung vollzogen wurde; Rehme S. 42 ff.

[11] Oben § 117 S. 279 Anm. 56, § 149 S. 720 Anm. 2. Dabei wurde das Beispruchsrecht der Erben wirksam; Stobbe, Z. f. D. R. XIX 195 ff.; Arnold S. 131 ff.,

Digitized by Google

institutes die volle liegenschaftsrechtliche Übereignungsform, somit Auflassung und vielfach überdies Eintragung oder gerichtliche Bestätigung, erforderlich[12]. Schon früh aber schlofs sich hieran die Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde über das Rentenrecht (Brief, Handfeste, Zedel, Rentenbrief, Gültbrief, Ewiggeldbrief) an[13].

V. Inhalt. Die Rente konnte in Naturalleistungen (Korn, Wein) bestehen[14]. Mehr und mehr aber überwogen die Geldrenten[15]. Neben den ewigen Renten, die den regelmäfsigen Inhalt des Rentenkaufs bilden, wurden auch Leibrenten auf die Grundstücke gelegt[16]. Die Höhe der Rente unterlag im Mittelalter der freien Vereinbarung[17]. Später schränkte die Reichsgesetzgebung den

---

133 ff.; Sidler S. 6; Urk. v. 1333 b. Kraut Nr. 32, auch Nr. 4. Bei Erbleihegütern mufste ursprünglich der Leiheherr mitwirken oder zustimmen: v. Wyfs S. 12, Cosack b. Gerber § 171 Anm. 4. — Über die französ. Begründungsform Egger S. 177 ff.

[12] Über die Auflassung Duncker, Reall. S. 70 ff., Z. f. D. R. XI 469 ff., Stobbe, Z. f. D. R. XIX 186, P.R. Anm. 20, v. Wyfs S. 12 ff., Höpken S. 124 ff., Pauli IV 27, Rehme S. 50 ff., 114 ff., Sidler S. 5 ff., Urk. b. Kraut Nr. 1, 2 u. 4. Über die Eintragung (zum Teil in besondere Rentenbücher) Duncker, Z. f. D. R. XI 479 ff., 482 Anm. 60, Stobbe, Z. f. D. R. XIX 187 ff., P.R. Anm. 21, Neumann S. 224 ff., Rehme a. a. O., Braunschw. Stat. um 1350 b. Kraut Nr. 5, Solmser L.O. II, 15 § 3. Über gerichtliche Bestätigung Freiburg. Stadtr. v. 1520 b. Kraut Nr. 3.

[13] Stobbe, P.R. Anm. 22. In Bremen war die Handfeste obligatorisch; Höpken S. 184 ff. Ebenso der Rentenbrief nach Solms. L.O. II, 15 § 3. Anders der Gültbrief in Luzern; Sidler a. a. O. S. 6 ff. Über die Ewiggeldbriefe in München vgl. Rehme, Festgabe f. Dernburg, 1900, S. 305 ff. Vgl. ferner Hofstetter a. a. O. S. 20 ff. — Man sagte daher auch: „geld up breve nemen“; Hammerbroeker R. v. 1489 c. 21 b. Hübbe S. 61.

[14] Arnold S. 61 ff., 102 ff.; Auer S. 135; Huber IV 781. Vgl. noch R.P.O. v. 1577 Tit. 19 § 3.

[15] Bisweilen wurden sogar Naturalrenten verboten; Huber a. a. O. Anm. 30. Über die Umwandlung in Geldrenten oben § 149 S. 732 Anm. 73.

[16] Stobbe, Beiträge S. 25 ff.; Urk. v. 1332 b. Lörsch u. Schröder Nr. 189 (166); Rehme, Lüb. Oberstadtb. S. 54 u. 57; Sidler S. 9 ff.

[17] Der Rentenzinsfuß schwankte im Mittelalter stark; im allgemeinen war er ursprünglich sehr hoch, so daß die Rente mit dem zehnfachen, ja sechs- bis achtfachen Betrage gekauft werden konnte, sank aber dann stetig, bis der regelmäßige Kaufpreis das Zwanzigfache wurde; Donandt II 355 ff., Arnold S. 220 ff., 232 ff., Stobbe, Z. f. D. R. XIX 216 ff., P.R. Anm. 16, Neumann S. 251 ff., Höpken S. 163 ff., Rosenthal S. 100 ff., v. Wyfs S. 54 ff., Gobbers S. 202 ff., Huber IV 782; Urk. v. 1276—1485 b. Kraut Nr. 62—68; Städtechroniken I 284 ff., VI 155 ff., 174 ff.

Digitized by Google

zulässigen Höchstbetrag gekaufter ewiger Renten auf fünf v. H. der Kaufsumme ein[18].

VI. Übertragung. Das Rentenrecht konnte als selbstständige unkörperliche Sache für sich veräufsert, belastet und gepfändet werden[19]. Von Hause aus war, da die Rente zum liegenden Gut gehörte[20], für die Übertragung das Liegenschaftsrecht mafsgebend[21]. Allein vielfach trat die wichtige Änderung ein, dafs die über die Renten erteilten Urkunden als Wertpapiere behandelt wurden und demgemäfs die Übergabe des Rentenbriefes in Verbindung mit einem formlosen Vertrage zur Veräufserung oder Verpfändung des Rentenrechts genügte[22]. Bisweilen wurden alle oder gewisse Renten überhaupt für fahrende Habe erklärt und somit dem Fahrnisverkehr unterworfen[23].

VII. Schuldverhältnis. Bei den Renten kam die rein dingliche Auffassung der Reallasten zu vollem Durchbruch. Die Rente begründet eine rein dingliche Schuld des jeweiligen Grundeigentümers; der neue Eigentümer wird Rentenschuldner, wenn er auch beim Erwerbe des Grundstücks von dessen Belastung nichts

---

[18] R.P.O. v. 1530 t. 26 § 8, v. 1577 t. 17 § 9: „Und nachdem die Wiederkaufsgülten allenthalben in Landen gemein seyn, so sollen mit 100 Gulden Hauptgeldes nicht mehr dann 5 Gulden jährlicher Gülten, wie gebräuchlich, gekauft werden."

[19] Auch die Belastung mit einer Rente kommt vor; Gobbers S. 187 Anm. 3.

[20] Oben § 101 S. 16 Anm. 54.

[21] Vgl. über Auflassung von Renten Duncker, Reall. S. 65 Anm. 98, 163 Anm. 261a, Stobbe, Z. f. D. R. XIX 198, P.R. § 142 Anm. 24, v. Wyfs S. 13 ff., Gobbers S. 186 Anm. 4 („mit Mund und Halm"), Hasse, Kieler Stadtbuch Nr. 111, 563, Rehme S. 49 ff., Sidler S. 7, Kraut Nr. 40; Lüneb. Ref. II, 6 § 2; Hamb. Stadtr. II, 1 Art. 6; Frankf. Ref. II, 3 § 1, 7 u. 21.

[22] Duncker, Z. f. D. R. V 32 ff.; v. Wyfs S. 39 ff.; Stobbe, P.R. § 142 Anm. 25—28; Dortmunder R. IV, 119 b. Frensdorff S. 136 (Brief als „Kistenpfand"). Oft wurden die Rentenbriefe als Orderpapiere oder auch als reine oder alternative Inhaberpapiere ausgestellt; Dortmunder R. IV, 46 b. Frensdorff S. 120; Höpken S. 188 ff., 191 ff., 245 Nr. 15; Duncker, Z. f. D. R. V 32 ff., XI 476; Götting. Urkb. Nr. 224, 230, 295; Rehme in Festgabe für Dernburg (1900) S. 305 ff. (Ewiggeldbriefe als Orderpapiere); Schröder, R.G. S. 728 Anm. 100; Urk. v. 1295 u. 1380 b. Lörsch u. Schröder Nr. 159 u. 224. Unrichtig Heusler I 357.

[23] Oben § 101 S. 16 Anm. 56. Lüb. R. III, 6 Art. 8: „Würde Jemand Rente kauffen, der mag dieselbe Rente vergeben, versetzen oder verkauffen und sonsten damit thun, als mit anderen Kaufmans-Wahren."

Digitized by Google

wufste[24], und mufs für die Rückstände aufkommen[25]; der bisherige Eigentümer wird befreit, sobald er das Grundstück aufgibt[26]. Die Haftung für die Rentenschuld ist reine Sachhaftung, die sich auf das Grundstück nebst zugehörigen beweglichen Sachen und Forderungen beschränkt[27]; der Rentengläubiger kann sich wegen des Ausfalles an Niemand halten[28] und trägt die Gefahr des Unterganges oder der Verschlechterung der Sache[29].

Der Rentenschuldner bleibt Eigentümer des Grundstücks, ist aber, weil er dem Rentengläubiger das Haftungsobjekt nicht entziehen darf, in der Verfügung über das Grundstück beschränkt. Die Veräufserung des Grundstücks, die ursprünglich nur mit Einwilligung des Rentenherrn erfolgen sollte, blieb vielfach durch ein dem Rentenherrn zustehendes Näherrecht gebunden[30]. Gegen eine Verschlechterung des Grundstücks, die seine Sicherheit schmälerte,

[24] Magdeb.-Bresl. System. Schöffenr. IV 1, 25 b. Kraut Nr. 28; Clever Rechtsspruch in Z. f. R.G. IX 458 ff. Nr. 80; Stobbe, Z. d. D. R. XIX 206 ff.; Laband, Vermögensr. Kl. S. 326; Schröder, R.G. S. 728.

[25] Pauli IV 60 ff., 68; Lörsch u. Schröder Nr. 292 u. 309; Stobbe a. a. O. S. 205 ff.; Duncker S. 76 ff.; Auer S. 130 ff. — Auch wer ein verlassenes Grundstück in Besitz nimmt, wird Rentenschuldner; Kölner Schreinsurk. I 107 Z. 19.

[26] Auch im Falle der Dereliktion; Stobbe a. a. O. S. 204 ff.; Nürnb. Ref. v. 1564 t. 23 Art. 8. Vgl. Egger S. 182.

[27] Duncker, Reall. S. 71 ff.; Pauli S. 59; Auer S. 131; Gengler § 83 Anm. 6; Stobbe, P.R. Anm. 29. — Rückständiger Mietzins ist mitverhaftet; Brem. Ord. 115 d. a. 1303 b. Oelrichs S. 134, Stobbe, Z. f. D. R. XIX 199 ff., v. Wyfs S. 19 Anm. 1, Höpken S. 218 ff. — Weiter geht die Haftung des Eigentümers für die in seiner Besitzzeit fällig gewordenen Renten nach französ. R.; Egger S. 183 ff.

[28] Lüb. R. b. Hach II 235 (unde ne mach anders uppe nemande umme de sake vorderinge hebben); Pauli S. 63; Auer S. 135; Magdeb. System. Schöffenr. IV 1, 41 (Kraut Nr. 48).

[29] So namentlich im Falle eines Brandes; Magdeb. Sch.U. b. Wasserschleben I 286; Bresl. Stat. c. 63; Stobbe a. a. O. S. 204, v. Wyfs S. 16 ff. — Über Vereinbarungen, durch die sich der Gläubiger gegen die Gefahr zu sichern suchte, Stobbe, P.R. Anm. 37—39.

[30] Bremer Urk. v. 1295 b. Lörsch u. Schröder Nr. 195; Hildesh. Stat. v. 1300 § 149, Braunschw. v. 1402 T. 18 b. Kraut Nr. 29 u. 30; Frankfurt. Sch.U. v. 1401 b. Thomas S. 316 ff.; Stadtr. v. Celle b. Pufendorf I obs. 133 § 10; revid. Lüb. R. II, 6 Art. 19, III, 7 Art. 1; Pauli S. 70 ff., 108 ff.; Auer S. 136; Sidler S. 11; Stobbe (b. Lehmann), P.R. II § 118 Anm. 25. — Umgekehrt begegnet auch ein Vorkaufsrecht des Grundeigentümers an der Rente; Hamb. Stat. v. 1292 b. Kraut Nr. 31; Prager Stadtr. Art. 108; Braunschw. Stadtr. v. 1532; Frankf. Ref. II, 3 § 23; Stobbe a. a. O. Anm. 24; Pauli S. 77.

Digitized by Google

konnte der Rentenherr einschreiten[31]. Die Belastung des Grundstücks mit einer zweiten Rente ohne Einwilligung des Rentenherrn war anfangs verboten und auch später oft nur beschränkt zulässig[32]. Erst als der Vorrang der älteren Rente vor der jüngeren Rente grundsätzlich anerkannt und durch die Vorschriften über das Verfahren bei der Befriedigung aus dem Grundstück gesichert war, wurde regelmäfsig die Belastung mit mehreren Renten völlig freigegeben[33].

VIII. Geltendmachung. Behufs Geltendmachung seines Rechtes hatte der Rentenherr, wenn er die fällige Rente nicht empfing, den Zugriff auf das Grundvermögen. Regelmäfsig verfielen ihm zugleich Verzugsbufsen, durch die der rückständige Betrag einmal oder bei längerer Säumnis mehrmals wuchs[34]. Zunächst konnte er sich im Wege der Pfändung und zwar vielfach nach Abrede oder schon kraft Gesetzes im Wege der eigenmächtigen Pfändung an die in der Were des Grundstücks beschlossene Fahrnis halten[35]. Erlangte er durch die Pfändung nicht volle Befriedigung oder hatte, wo die Pfändung nicht vorauszugehen brauchte, der Verzug eine bestimmte Zeit hindurch gedauert, so konnte er in einem besonderen gerichtlichen Verfahren sich das Grundstück übereignen lassen[36]. Lasteten mehrere Renten auf dem Grundstücke, so

---

[31] Lüneb. Ref. II, 3 § 6; Jülich-Berg. Landr. c. 107; revid. Lüb. R. III, 8 Art. 13; Auer S. 131; Stobbe, P.R. § 142 Anm. 44.

[32] Rechtsb. n. Dist. II, 4 d. 19. Nach dem alten Lüb. R. b. Hach II 236 darf der Mehrwert des Grundstücks über die Rente zwar verpfändet, aber bei Strafe des Diebstahls nicht mit einer zweiten Rente belastet werden. Dagegen gestatten die Göttinger Stat. v. 1371 b. Pufendorf III obs. 181 die Rentenbelastung des Mehrwerts. Die Verdener Stat. ib. I obs. 91 (Kraut Nr. 27) lassen die Ausfertigung von 3 Handfesten zu, die untereinander gleiches Recht haben. Vgl. Albrecht S. 160 ff., Stobbe, Z. f. D. R. XIX 211 ff., Pauli S. 46 ff.

[33] Goslarer Stat. S. 21 Z. 11 ff.; Albrecht S. 161 ff.; Stobbe S. 212; Duncker S. 81 ff.; Pauli S. 49 ff.; Auer S. 184 ff.; Arnold S. 123 ff.; v. Wyfs S. 32 ff.; Höpken S. 98 ff., 152 ff., 161 ff.

[34] Eingehend darüber Sickel, Vertragsbruch S. 68 ff. Vgl. Hamb. Stadtr. v. 1270 II 3; Urk. v. 1334 b. Kraut Nr. 16; Pauli S. 59.

[35] Oben Bd. I 340 Anm. 25; Urk. b. Lörsch u. Schröder Nr. 224 u. 292; Friedlieb S. 72; Rosenthal S. 95; Höpken S. 159 ff.

[36] Er kann den Eigentümer „abtreiben“ oder „entweldigen“, sich des Grundstücks „unterwinden“, sich „einweisen“ oder „weren und weltigen“ lassen. Vgl. Hamb. Stat. v. 1270 II 3; Goslar. Stat. S. 21 Z. 1 ff.; Kölner Schreinsurk. I 150 Z. 18; genaue Schilderung der Stadien des Verfahrens in Bremen 1494 b. Oelrichs S. 631 ff.; Lörsch u. Schröder, Urk. Nr. 153; Stobbe, Z. f. D. R. XIX 202 ff., P.R. § 142 Anm. 32; Friedlieb S. 73; Pauli

Digitized by Google

konnte jeder nachstehende Rentengläubiger die Einweisung in das Grundstück erlangen, wenn er die vorstehenden Rentengläubiger befriedigte[37]. Später trat an Stelle der Übereignung der gerichtliche Verkauf (die Vergantung), wobei die Rentengläubiger der Rangordnung nach befriedigt wurden und ein Überschufs an den Rentenschuldner fiel[38]. Doch erhielt sich vielfach ein besonders energisches Verfahren[39] und ein Vorzugsrecht der Rente vor blofsen Grundpfandrechten[40].

IX. Beendigung. Die rechtsgeschäftliche Aufhebung der Rente wurde durch Rückauflassung an den Eigentümer und Löschung im Grundbuch vollzogen[41].

S. 81 ff.; Höpken S. 161 ff.; Sidler S. 12 ff. — Mitunter wurde auch bedungen, dafs bei längerem Verzuge das Eigentum ohne weiteres an den Rentenherrn fallen solle und dieser ohne gerichtliche Hülfe sich des Grundstücks bemächtigen dürfe; Urk. v. 1293 u. 1301 b. Lörsch u. Schröder Nr. 158 u. 226, Sidler S. 13. Auf der anderen Seite aber begegnet auch die Abrede, dafs der Rentengläubiger nur die Nutznießung des Gutes bis zur Befriedigung wegen der Rückstände erlangen soll; Duncker, Z. f. D. R. XI 472, Urk. v. 1301 b. Lörsch u. Schröder Nr. 168. Oder es wurde dem Rentenschuldner ein Wiedereinlösungsrecht vorbehalten; Wächter, Württ. P.R. I 639.

[37] Goslar. Stat. S. 21 Z. 11 ff.: gheyt ut emme huse tweyerleye tins oder dreyerleye u. wert de untseten, de den lateren tins hevet, de scal den vorderen tins untweren binnen rechter tid, of he wil, u. underwinde sek des huses; tut er es auf Anzeige des vorhergehenden Rentengläubigers nicht, so unterwinde sich dieser des Guts „u. si von den anderen ledich". Münchener Gerichtsb. v. 1401 b. Auer S. 135. Freiberg. Stat. Art. 24 b. Schott III 159. Duncker, Reall. S. 81 ff. Stobbe, Z. f. D. R. XIX 213. Arnold S. 123 ff.

[38] Lüneburg. Stadtr. II, 7 Tit. 8 (Kraut Nr. 51); revid. Lüb. R. III, 8 Art. 13; Albrecht S. 178 ff.; Duncker S. 80 ff.; Auer S. 134; Pauli S. 116 ff.; v. Meibom, Pfandr. S. 228 ff.; Höpken S. 163; Blumer I 459 ff.; v. Wyfs S. 32 ff.; Heusler, Z. f. schweiz. R. VII 122 ff., 167 ff.; Sidler S. 17 ff. Meist sollen dabei die Regeln des Pfandverkaufs gelten; das Grundstück wird als „Unterpfand" behandelt.

[39] In München wurde erst durch die Reichsgesetze von 1879 das eigentümliche Ewiggeldverfahren beseitigt; es war ein schleuniges Verfahren (nach 14tägigem Verzug wurde „gesperrt", nach weiteren 14 Tagen „Span und Wasen geschnitten", nach neuen 14 Tagen vergantet) mit Beschränkung der Einreden; Roth, Bayr. C.R. II § 179.

[40] Braunschw. Stadtr. v. 1532 t. 18, Lüneb. Ref. II, 7, Bayr. Gantproz. v. 1616 b. Kraut Nr. 20, 50 u. 21; hinsichtlich des Münchener Ewiggeldes Auer S. 180, Roth a. a. O. § 178 Anm. 22.

[41] Pauli S. 76, Urkb. A Nr. 133, 150, 154, 162, 166, 188, 192; Rehme S. 55. — Unmittelbare Beendigungsgründe sind Untergang der belasteten Sache und Ausfall bei der Zwangsvollstreckung, bei der Leibrente auch Tod des Berechtigten. Die Vereinigung von Rentenrecht und Grundeigentum in derselben Hand wirkt nicht unmittelbar beendigend.

Digitized by Google

Im Anschlufs an den Begriff des Rentenkaufs wurde die Ablösung der Rente durch Kapitalzahlung als Wiederkauf der Rente aufgefafst und bezeichnet und dieser Begriff auch auf die Ablösung von Renten anderer Herkunft ausgedehnt[42]. An sich setzte der Wiederkauf, da ja im Rentenkauf eine endgültige Veräufserung des als ewige Rente ausgeschiedenen unkörperlichen Grundstücksteiles vollzogen war, Einigung beider Teile voraus[43]. Allein frühzeitig kam der vertragsmäfsige Vorbehalt eines Wiederkaufsrechtes für den Rentenverkäufer auf[44]. Vielfach wurde sodann dem Rentenverkäufer oder überhaupt jedem Rentenschuldner ein gesetzliches Wiederkaufsrecht eingeräumt[45], das die spätere Reichsgesetzgebung zu gemeinem Recht erhob[46]. Zugleich wurde die Wiederkaufsumme auf den Betrag der ursprünglichen Kaufsumme oder, wo eine solche nicht gegeben oder nicht zu ermitteln

---

[42] Oben S. 755 Anm. 10.

[43] Magdeb. Fr. II 1, 5; Pauli S. 17; Stobbe, Z. f. D. R. XIX 213 ff.; Gobbers S. 201; Sidler S. 16; Immerwahr, Die Kündigung S. 41.

[44] Urk. b. Lörsch u. Schröder Nr. 153, 276, 299; München. Gerichtsb. v. 1391 b. Auer S. 136. Ursprünglich wurde oft dem Rentenschuldner das Ablösungsrecht nur eine bestimmte Frist hindurch zugestanden, nach deren Ablauf die Rente unablöslich werden sollte; oder es sollte umgekehrt der Wiederkauf erst nach einer Reihe von Jahren zulässig sein; Urk. b. Lörsch u. Schröder Nr. 224 u. 236, Pauli S. 74 ff., Immerwahr S. 41 ff. Bisweilen wurde der Wiederkauf durch Ratenzahlungen gestattet; Pauli S. 76. Die Vereinbarungen über den Wiederkauf, die Ablösungssumme, die Kündigungsfrist usw. wurden ins Grundbuch eingetragen; Rehme S. 52 ff.

[45] Mitunter nur mangels anderer Vereinbarung. So in Zürich, wo nach Ratsurk. v. 1419 (Kraut Nr. 38) noch unablösliche Renten zulässig waren. Ebenso später in Sachsen; O. Müller S. 78. Meist aber auch für ursprünglich unablösliche Renten und unter Verbot des Ausschlusses für die Zukunft. So Lüb. R. b. Hach II Art. 125—127 (eingeführt nach dem grofsen Brande von 1276), revid. Lüb. R. III 6 Art. 9, vgl. Pauli S. 17 ff., 72 ff.; Brünn. Schöffenb. c. 119; Baseler Ordn. um 1450 (Rechtsq. I 140), Arnold S. 301 ff.; Ver. f. die bayr. Städte v. 1420, Rosenthal, Beitr. I 298; Goslar. St. S. 25 Z. 7 ff., 122 Z. 41 ff.; Nürnb. Ref. v. 1564 Tit. 23 c. 4; Frankf. Ref. II, 7 § 2 ff.; Solmser L.O. II, 15 § 4; Trier. L.R. XIV § 5. Vgl. ferner Stobbe a. a. O. S. 213 ff., P.R. Anm. 47; Neumann S. 234 ff.; Gengler, P.R. § 83 Anm. 8—9; v. Wyfs S. 32 ff.; Baumeister, Hamb. P.R. I 167 ff.; Höpken S. 146 ff.

[46] R.P.O. v. 1548 t. 17 § 8, 1577 t. 17 § 9: es soll „die Loskündigung der Gültverschreibung auf Widerkauf, wie Widerkaufsrecht, bei dem Verkaufer u. nicht beim Kaufer stehen“. Ein Verbot unablöslicher Renten ist darin nicht zu finden.

Digitized by Google

war, auf ein bestimmtes Vielfaches der Rente festgesetzt[47] und die Ausübung des Wiederkaufsrechts an eine Kündigung mit gesetzlicher Kündigungsfrist gebunden[48]. Dagegen wurde dem Rentengläubiger nicht nur niemals ein gesetzliches Kündigungsrecht gewährt, sondern es wurde auch die vertragsmäfsige Einräumung eines Kündigungsrechtes an den Rentengläubiger, wie sie im Mittelalter zeitweise vorkam[49], für unwirksam erklärt[50]. Erst im Jahre 1600 wurde reichsgesetzlich dem Rentengläubiger gestattet, sich für den Fall des Verzuges ein Kündigungsrecht auszubedingen[51].

X. Spätere Entwicklung. Der Rentenkauf erhielt sich nach der Aufnahme der fremden Rechte zunächst in voller Lebenskraft. Er erfuhr aber vielfach eine Umbildung, die ihn einem zinsbaren Darlehen mit Pfandsicherung näherte. War schon im Mittelalter oft mit dem Rentenkauf zur gröfseren Sicherheit des Rentners die jüngere Satzung verbunden worden[52], so erschien seit der Ausbildung der Vergantung das Grundstück ohne weiteres als ein für die Rente verhaftetes Unterpfand und die Beitreibung im Verzugsfalle als eine Art des Pfandverkaufes[53]. Hatte schon im Mittelalter der Rentenschuldner oft vertragsmäfsig eine Haftung mit seinem sonstigen Vermögen übernommen[54], so wurde unter

---

[47] Bisweilen war ein Zuschlag zum Kaufpreise zu zahlen; Hamb. Stadtr. v. 1270 II, 1. Der subsidiäre Rückkaufspreis schwankte gleich dem Rentenzinsfuß (vgl. Rehme S. 52 ff.), bis er auf das 20fache (nach Frankf. Ref. II, 7 § 6 ff. das 25fache) stieg. Die Vereinbarung einer höheren Ablösungssumme wurde verboten; Pauli S. 78 ff.

[48] Über die Entwicklung aus vertragsmäßigen Fristen Immerwahr S. 41 ff., 47 ff.

[49] Urk. b. Lörsch u. Schröder Nr. 129, Nr. 159 (aber nur für eine bestimmte Frist); v Wyſs S. 35 ff.; Pauli S. 74 Anm. 187; Stobbe, P.R. § 142 Anm. 57; Immerwahr S. 44.

[50] Bremer Stat. v. 1303 c. 30; Höpken S. 142 ff.; Stobbe § 142 Anm. 58 bis 59. Allgemein durch R.P.O. v. 1548 u. 1577 (oben Anm. 46).

[51] R.D.A. v. 1600 § 35.

[52] Urk. v. 1297, 1301 u. 1382 b. Lörsch u. Schröder Nr. 164, 168, 227; mit Verfallklausel ib. Nr. 169; Brünner Schöffenb. c. 128; v. Meibom, Pfandr. S. 410 Anm. 28—29; Arnold S. 125 ff.; Heusler, Z. f. schweiz. R. VII 133 ff., Inst. II 150 ff.; Sidler S. 19 ff.

[53] Oben Anm. 38; revid. Lüb. R. III, 8 Art. 13 (so mag der Rentner mit dem Hause als mit seinem Pfande verfahren); Jülich-Berg. L.R. c. 107; Solmser L.O. II, 15 § 3; Stobbe § 142 Anm. 50.

[54] Zunächst regelmäfsig nur mit bestimmten anderen Vermögensgegenständen, die er als Pfand setzte, dann auch mit dem ganzen Vermögen; Urk. v. 1334 u. 1439 b. Kraut Nr. 16 u. 17; Duncker S. 76; Pauli S. 62 ff.; Neumann S. 243 ff.; Rosenthal S. 98 ff.; Stobbe, Z. f. D. R. XIX 202,

Digitized by Google

dem Einflusse des römischen Rechts mehr und mehr überhaupt der dinglichen Last ein persönliches Schuldverhältnis untergeschoben[55]. Legte endlich schon das dem Rentenschuldner eingeräumte Ablösungsrecht den Vergleich der Rente mit einem Kapitalzins nahe, so wuchs die Ähnlichkeit, als seit dem siebzehnten Jahrhundert die Vereinbarung eines Ablösungsanspruches für den Rentengläubiger zulässig und üblich wurde[56].

Auf diese Weise konnte zuletzt der Rentenkauf unmerklich in das zinsbare Darlehen mit Pfandsicherung übergehen. Seitdem das Zinsverbot allgemein beseitigt war, wurde dann auch die Form der verzinslichen Kapitalschuld an Stelle der Rentenschuld gewählt. Nun entstand unter äufserer Anlehnung an das römische Recht aus der Verschmelzung des von Rentenkauf und Satzung gelieferten Stoffes die moderne Hypothek und übernahm die wirtschaftlichen Funktionen des Rentenkaufs, der seit dem achtzehnten Jahrhundert fast völlig aus dem deutschen Rechtsleben verschwand[57].

Doch starb der Gedanke des Rentenkaufs nicht ab. In der Hypothek selbst lebten von ihm ererbte Elemente mehr oder minder kräftig fort[58]. In einem grofsen Teile der Schweiz wurde überhaupt das neuere Grundpfandrecht ganz oder überwiegend auf Grundlage des alten Gültrechts ausgebaut und nahm nur einzelne Züge der Hypothek an[59]. Neben der Hypothek bestanden überall die in früherer Zeit begründeten Renten als Reallasten fort[60].

P.R. § 142 Anm. 52; v. Wyfs S. 37 ff.; Blumer I 456 ff.; Heusler, Inst. II 152; Huber IV 783 Anm. 33; Sidler S. 20.

[55] Heusler, Z. f. schweiz. R. VII 133 ff., Inst. II 152—153; Baumeister I 80 ff.; Pauli S. 118 ff.; Stobbe a. a. O. Anm. 52—55; Huber IV 783.

[56] Oben Anm. 51; O. Müller S. 78 ff., 94; Stobbe S. 105.

[57] Stobbe a. a. O.; Roth, D.P.R. III 484; Gengler § 85 Z. 5; für Sachsen O. Müller S. 95; für Württ. Wächter I 642 ff. — Im französ. Recht blieben die Renten nur als persönliche Verbindlichkeiten lebendig; Zachariae-Crome II 377 ff.

[58] Davon unten § 156.

[59] Huber III 438 ff., IV 794 ff., unterscheidet drei Gruppen von Kantonen; in der ersten (den vier Waldstätten, Zug, Appenzell, Luzern, Freiburg, Waadt) ist die Rente oder Gült Ausgangspunkt für das Grundpfandrecht geblieben, in der zweiten eine aus Gült und Satzung gemischte Hypothek entstanden und nur in der dritten (den westlichen Kantonen) die gemeinrechtliche Hypothek durchgedrungen. Vgl. dazu die oben Anm. 1 angef. Schriften von Sidler (Luzern) und Hofstetter (Appenzell).

[60] Doch wurde bei der Ablösung der Reallasten das Recht des Be-

Digitized by Google

Hier und da wurde auch nach der vollen Ausbildung des Hypothekenrechts die Form des Rentenkaufs benützt, um eine für den Gläubiger unkündbare Grundverschuldung zu begründen[61]. Und vereinzelt blühte der Rentenkauf in reiner Gestalt fort. Insbesondere wahrte er im Münchener Ewiggeldinstitut ungeschwächte Lebenskraft[62].

In neuerer Zeit wurde die Wiederbelebung des Rentenkaufs vielfach angestrebt, um eine der Natur des Grundeigentums entsprechende Verschuldungsform einzubürgern. Man ward sich bewufst, dafs der Grundbesitz aus sich heraus nur Rente erzeugt und somit ohne Gefahr für seinen Bestand nur die Belastung mit einer Rentenschuld tragen kann, während die Erlangung von Kapital aus Grundbesitz dessen Umsetzung in Geld durch Verkauf voraussetzt und somit jede Belastung mit einer Kapitalschuld den Grundbesitz in letzter Linie zur Ware stempelt. Nun hat freilich das moderne Recht mancherlei Einrichtungen ausgebildet, durch die trotz grundsätzlicher Festhaltung des Prinzips der Kapitalverschuldung die Gefahr des Versilberungszwanges sehr abgeschwächt werden kann[63]. Allein voll wird der Eigenart des Grundbesitzes nur die reine Rentenverschuldung gerecht.

Was das heutige Recht betrifft, so setzt das Reichsrecht der Begründung von Renten als Reallasten kein Hindernis entgegen. Die Landesgesetzgebung schliefst überwiegend nur unablösliche ewige Renten aus[64]. Ablösliche Tilgungsrenten sind in grofser

---

rechtigten, die Ablösung zu verlangen, regelmäfsig auch auf solche Renten erstreckt.

[61] Duncker, Z. f. D. R. XI 471 ff.; v. Wyfs, Z. f. schweiz. R. IX 29 ff., XIX 9 ff.; v. Meibom, Meckl. Hypothekenr. S. 4; Stobbe § 142 Anm. 64. — Die Lüneb. Ref. II, 7 schärft den Unterschied zwischen Kauf ewiger Renten und Geldausleihen auf Unterpfand ein: der Rentenkäufer könne das Kaufgeld nicht wieder abmahnen, der Ausleiher dagegen könne das Geld abmahnen.

[62] Riedl a. a. O.; Auer a. a. O.; Roth, Bayr. C.R. a. a. O. — Auch in Hamburg erhielt sich der Rentenkauf; Baumeister § 23, Roth, D.P.R. § 484 Anm. 48. Ebenso in Lübeck, aber seit dem Ges. v. 25. März 1848 § 1 mit persönlicher Haftung des Eigentümers; Pauli S. 126 ff. — Das Sächs. Gb. § 515 ff. kennt in den „eisernen Kapitalien" eine besondere Form der auch für den Schuldner unaufkündbaren Rente; O. Müller a. a. O. S. 120 ff.

[63] Vgl. unten § 168. Die für den Gläubiger unaufkündbaren Hypotheken oder Grundschulden, insbesondere die für die öffentlichen Kreditverbände und Kreditanstalten eingetragenen verzinslichen Kapitalposten, stehen im wirtschaftlichen Erfolge einer Rentenschuld überaus nahe.

[64] Vgl. oben § 148 S. 717 ff. Anm. 75—76 u. 78. In einigen Staaten sind freilich nur Leibrenten und befristete Renten als Reallasten zulässig; ib. Anm. 79—80.

Digitized by Google

Fülle durch die Ablösungsgesetzgebung ins Leben gerufen[65], vielfach aber auch als „Landeskulturrenten" gegen Hingabe von Kapital aus öffentlichen Mitteln für Zwecke der Bodenverbesserung auf die Grundstücke gelegt[66]. Eine Neubelebung erfuhr in Preufsen die rechtsgeschäftliche Übernahme ablöslicher oder auch unablöslicher Renten zur Anrechnung auf den Kaufpreis beim Gutserwerbe durch die Gesetzgebung über Ansiedlungs- und Rentengüter[67]. Auch die Abfindung von Miterben durch dingliche Renten wurde namentlich durch neuere Anerbenrechtsgesetze befördert[68]. So behalten die Renten in Gestalt von Reallasten ein umfassendes Anwendungsgebiet. Immer aber besteht gegenüber dem alten Rentenkauf der Unterschied, dafs mit der dinglichen Schuld der Regel nach eine persönliche Schuld verbunden ist und dafs über das Rentenrecht ein Wertpapier nicht ausgestellt werden kann.

Das B.G.B. eröffnet die Möglichkeit, eine rein dingliche Rentenschuld, die der Verkörperung in einem Wertpapier fähig ist, zu begründen. Es gestaltet sie aber nicht als Reallast, sondern als Abart der Grundschuld aus. Trotzdem ist in der neuen Rentenschuld sachlich die Erneuerung des Rentenkaufs zu finden[69]. Einen ähnlichen Weg schlägt der schweizerische Entwurf ein[70].

---

[65] Oben § 149 S. 738.

[66] So nach Preufs. G. v. 13. Mai 1879 die „Landeskulturrenten", die behufs Tilgung eines für Drainierungsanlagen von einer Landeskulturrentenbank gewährten Darlehns unter gewissen Voraussetzungen eingetragen werden können (§ 10—32), während im übrigen die Sicherung der (unkündbaren) Meliorationsdarlehen durch Hypothek oder Grundschuld erfolgt (§ 6). Ferner in Sachsen (G. v. 26. Nov. 1861) die als Reallasten eingetragenen, zur Tilgung von Meliorationsdarlehen der Landeskulturrentenbank bestimmten Landeskulturrenten; sie gehen nach A.G. z. B.G.B. § 90 allen anderen Belastungen aufser den „Landrenten" (Ablösungsrenten) vor. Ebenso in Bayern die Landeskulturrenten; G. v. 21. Apr. 1884 (oben § 149 S. 727 Anm. 46), Oertmann, Bayr. Landesprivatr. § 117 II.

[67] Die Rente kann, so lange das Rentenrecht in der Hand des Rentengutgebers ist, eine ewige sein; im Falle der Umwandlung in eine Rentenbankrente ist sie Tilgungsrente; vgl. Dernburg, B.R. III § 203.

[68] Oben § 148 S. 719 Anm. 82.

[69] Vgl. unten § 165. Darum konnte auch das Bayr. Überg.G. Art. 47 die Umwandlung des Ewiggeldes in eine Rentenschuld vollziehen. Das Hamb. A.G. z. B.G.B. § 50 gestattet nur die Umwandlung eines Rente- oder Altgeldpostens in Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld.

[70] Er kennt als Arten des „Grundpfandes" „Grundpfandverschreibung", „Schuldbrief" und „Gült"; die Gült ist reine „Grundlast" (§ 833, Vorentw. 829) ohne persönliche Schuld, kann aber Kapital- oder Rentenschuld sein.

Digitized by Google

Fünfter Titel.

Näherrecht und dingliches Vorkaufsrecht.

§ 152. Das Näherrecht überhaupt[1].

I. Begriff. Näherrecht ist das dingliche Recht, eine Sache, falls sie an einen Minderberechtigten verkauft wird, von dem Besitzer gegen Erstattung des ersten Kaufpreises nebst sonstigen Kosten zu erwerben. Es heifst auch „Zugrecht" oder „Retrakt", weil der Näherberechtigte die Sache an sich ziehen kann; „Abtrieb" oder „Beschüttung", weil er den Besitzer entsetzen kann; „Geltung", „Nähergeltung", „Lösung", weil er den Kaufpreis zahlen, die Sache also einlösen mufs; „Einstand", weil er in den Kauf eintritt; „Beispruch" oder „Einsprache", weil das Recht aus einem Zustimmungs- oder Widerspruchsrecht hervorgegangen ist[2]. Wo es als dingliches Vorkaufsrecht ausgestaltet ist, wird es auch „Vorkauf" oder „Vorkaufsrecht" genannt[3]. Nicht immer aber hat es diese Natur.

II. Geschichte. Das Näherrecht gehört dem Liegenschaftsrecht an und ist nur vereinzelt auf Fahrnis erstreckt. Seine Wurzeln liegen in der mittelalterlichen Gebundenheit des Grundeigentums. Die ältesten und wichtigsten Näherrechte entstanden aus der Abschwächung weitergehender gesetzlicher Veräufserungsbeschränkungen, die in der familienrechtlichen Erbanwartschaft, in

---

[1] C. F. Walch, Das Näherrecht systematisch entworfen, 3. Aufl. Jena 1795 (1. Aufl. 1766); Nachweis der älteren Literatur dort S. 100 ff. Seuffert, Das Baurecht, die Reallasten und das Näherrecht, 1819, S. 117 ff. Renaud, Z. f. D. R. VIII 240 ff. Brumhard, ebenda XIII 156 ff. Laband, Arch. f. c. Pr. LII 151 ff. G. Dahlmann, De retractu legali, speciatim gentilicio, Berol. 1869. A. Steinhauser, Das Zugrecht nach den bündnerischen Statutarrechten, Chur 1896. — Eichhorn, D.P.R. § 99 ff.; Mittermaier II § 284 ff.; Phillips § 76 ff.; Maurenbrecher § 334 ff.; Walter § 386 ff.; Bluntschli § 123; Beseler § 93—94; Gengler, Lehrb. S. 377 ff., P.R. § 49; Gerber § 175 ff., b. Cosack § 178 ff.; Roth § 328; Stobbe II § 88 ff., b. Lehmann § 118 ff. — Heusler, Inst. II § 90. — Dernburg, Preufs. P.R. I § 380—381; Förster-Eccius § 189. Roth, Bayr. C.R. § 142. Reyscher II § 427 ff. Emminghaus S. 550 ff. Heimbach § 217 ff. Sachse § 242 ff. Platner § 32. — Huber, Schweiz. P.R. III § 82, IV § 152. — Erdmann, Kur-, Liv- u. Esthländ. P.R. II 533 ff. — Kraut, Grundr. § 130—135.

[2] Belege für diese und ähnliche Namen bei Walch S. 15 ff.

[3] Vgl. Walch S. 18 Anm. 28; Preufs L.R. I, 20 § 631.

Digitized by Google

genossenschaftlichen und herrschaftlichen Zusammenhängen, in Gemeinschaftsverhältnissen und Nachbarschaft begründet waren. Nach ihrem Vorbilde wurden dann andere gesetzliche Näherrechte eingeführt und gewillkürte Näherrechte bestellt[4].

Die Ausbildung von Näherrechten erfolgte bereits im Mittelalter. Vielfach wurde unter besonderen Umständen oder in bestimmter Richtung eine ursprünglich fremder Zustimmung bedürftige Veräufserung freigegeben, wenn das Gut vorher den Zustimmungsberechtigten vergeblich zum Kauf angeboten worden war. Dies führte dann weiter oft dazu, dafs im Falle des ungehörigen Verkaufes die Veräufserung nicht einfach als nichtig oder anfechtbar behandelt, sondern nur dem übergangenen Berechtigten die Befugnis gewährt wurde, das Gut binnen Jahr und Tag gegen Ersatz des Kaufschillings an sich zu ziehen. Hiermit war das Beispruchs- oder Einspruchsrecht in ein blofses Näherrecht verwandelt. Auf diese Weise sind namentlich die Näherrechte der nächsten Erben, der Gemeinde- oder Hofgenossen, des Grund- oder Leiheherrn, der Nachbarn, der Geteilen und der Gemeiner schon im mittelalterlichen deutschen Recht entstanden[5].

Die überkommenen Näherrechte erhielten sich auch gegenüber dem römischen Recht. Da frühzeitig auch in den romanischen Ländern auf Grund des germanischen Liegenschaftsrechts sich Näherrechte entwickelt hatten[6], da ferner das langobardische Lehnrecht ein Näherrecht des Lehnsherrn und der Lehnsfolger kannte[7], da endlich ein aus dem byzantinischen Rechte stammendes dingliches Vorkaufsrecht (jus protimiseos) in Unteritalien eingebürgert und in einer wirklichen oder angeblichen Konstitution Friedrichs II. geregelt war[8], so hatte schon die

---

[4] Über die Geschichte der einzelnen Arten unten § 153 u. § 154 I.

[5] Erblosung, grundherrlicher Retrakt, Marklosung, Nachbarlosung und Gespilderecht begegnen häufig in ländlichen Weistümern; Stellen b. Gierke, G.R. II 201 ff. Anm. 16, 18, 21—22, 30, Heusler § 90 Anm. 2—7, Stobbe-Lehmann § 118 Anm. 9—12. Erblosung, Näherrecht des Leiheherrn, Gespilderecht auch in mittelalterlichen Stadtrechten. Auch die Ganerbenlosung ist dem mittelalterlichen deutschen Recht bekannt; Gierke a. a. O. S. 935 Anm. 11. Ebenso der Lehnsretrakt; Münch. Stadtr. Art. 153.

[6] Vgl. über Näherrechte in ital. Statuten Pertile III 369 ff.; über das französ. R. Warnkönig u. Stein II 568 ff., Viollet III ch. 1 Nr. 3, ältere Lit. b. Mittermaier § 284 Anm. 32.

[7] II F. 9 § 3, 26 § 14.

[8] Zachariae von Lingenthal, Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 2. Aufl. (1877), S. 211 ff. Über die vom germanischen Recht beeinflufste

Digitized by Google

italienische Jurisprudenz des Mittelalters eine Theorie der von ihr unter dem Namen des „jus retractus" zusammengefafsten Näherrechte ausgebildet, die mit der Aufnahme der fremden Rechte nach Deutschland verpflanzt und hier zur Rechtfertigung und Konstruktion der einheimischen Näherrechte benutzt wurde[9]. Gemeinrechtliche Geltung konnte freilich, trotz mancher dazu gemachter Ansätze, kein Näherrecht aufser dem Lehnsretrakt erringen. Allein die Partikularrechte behandelten fast sämtlich die Näherrechte mit besonderer Vorliebe, vermehrten vielfach ihre Zahl und sicherten durch eingehende Bestimmungen ihre dingliche Wirksamkeit[10].

Doch drang vereinzelt schon früh eine den Näherrechten feindliche Strömung durch[11]. Seit dem achtzehnten Jahrhundert begann man, die Näherrechte als lästige Fesseln des freien Verkehrs grundsätzlich zu bekämpfen und gesetzlich zu beschränken[12]. Im neunzehnten Jahrhundert wurden die meisten

---

Fortbildung in Unteritalien v. Brünneck, Siziliens mittelalterliche Stadtrechte, Syst. T. S. 105 ff. Über die Const. Frider. II de jure protimiseos, die vielleicht Privatarbeit ist, v. Brünneck a. a. O. S. 107 Anm. 1—2, auch Z. f. R.G. XIV 124 ff. — Die Konstitution (M.G.L. II 332) wurde von Cujacius in die libri feudorum aufgenommen (V F. 13), ist aber nicht glossiert und in Deutschland nicht mitrezipiert; Walch S. 29, Renaud S. 245.

[9] Besonders wichtig wurden die Ausführungen von Andreas Gaill, Obs. pract. II obs. 19; er bemerkt, dafs „jus retractus, der Einstandt, ex generali quadam consuetudine Germaniae ubique fere locorum obtinet", und rechtfertigt diese Gewohnheit unter Berufung auf die communis opinio doctorum; neben den Italienern benutzt er namentlich Tiraqueau, dessen Schrift de utroque retractu municipali et conventionali zuerst in Lyon 1571 erschien, und verschiedene Kommentare zu französischen Coutumes. Von Späteren vgl. z. B. Schilter, Exerc. 30 § 136 sq.; Struvius, Exerc. 23 l. 18 t. 3 § 47 sq.; S. Stryck, Usus mod. 18, 1 § 16 sq.; Voet, Comm. 18, 3 § 9 sq.; Leyser, Med. ad Pand. III spec. 193—195.

[10] Übersicht partikularrechtlicher Bestimmungen b. Walch § 18—33 u. Gengler, Lehrb. S. 377—378, dazu Stobbe-Lehmann § 119 Anm. 1. Schweiz. Stat. seit dem 16. Jahrh. b. Huber IV 719 ff.

[11] Frankf. Ref. II t. 4 § 1 (wegen des Verbots in den Kaiserlichen Rechten); Stat. v. Langensalza v. 1556 Art. 12 b. Walch VII 277; Walch, Näherr. S. 47, Renaud S. 248 ff., Stobbe-Lehmann § 118 Anm. 30.

[12] Schleswig-Holstein. Ges. seit 1773, vgl. Falck V 169 ff.; bes. V. v. 1794 b. Renaud S. 249. Österr. Ges. v. 1781—1787; vgl. Stobbe § 118 Anm. 32. Gotha. V. v. 1781; Walch S. 48 Anm. 5, Brückner § 840. Weimar. V. v. 1799; Heimbach § 217. — Auf dem linken Rheinufer beseitigte die französische Gesetzgebung v. J. 1793 die Näherrechte.

Digitized by Google

gesetzlichen Näherrechte überhaupt beseitigt[13]. Indessen wurden auch einzelne gesetzliche Näherrechte neu eingeführt[14] und die gewillkürten Näherrechte neu belebt[15]. Das B.G.B. kennt ein gesetzliches Näherrecht in Gestalt des Vorkaufsrechtes der Miterben und läſst die Begründung gewillkürter Näherrechte in Gestalt des Vorkaufsrechtes an einem Grundstücke zu. Daneben können gesetzliche Näherrechte auf den dem Landesrechte vorbehaltenen Gebieten vorkommen.

III. Wesen. Die Näherrechte bilden eine besondere Klasse der begrenzten dinglichen Rechte.

Die Zugehörigkeit der Näherrechte zu den dinglichen Rechten ergibt sich aus ihrer Geschichte. Auf dem Boden des

---

[13] Vgl. die Zusammenstellung b. Neubauer, Berlin 1880, S. 133—145, Stobbe-Lehmann § 188 Anm. 32, Roth § 328. Der Code civ. beseitigte alle Näherrechte auſser dem Miterbenretrakt (Art. 841). Das Preuſs. L.R. kennt das Näherrecht unter Miteigentümern (I, 17 § 61 ff.), unter Mitreedern (II, 8 § 1437 ff.), bei Lehen (I, 18 § 209 u. 304 ff.), an Zehntrechten (II, 11 § 914), sowie nach Provinzialrecht Erblosung (II, 4 § 227 u. 228) und Nachbar- und Gespilderecht (I, 20 § 650); das Ed. v. 9. Okt. 1807 III beseitigte die Erblosung, das Ges. v. 2. März 1850 § 2 Nr. 6 u. § 4 alle Näherrechte auſser denen aus gemeinschaftlichem Eigentum und aus Enteignung. In Schleswig-Holstein waren seit 1798 u. 1799, in Nassau seit 1808, in Kurhessen seit V. v. 3. Aug. 1822 alle gesetzlichen Näherrechte aufgehoben; in Hannover wurden sie in einigen Städten (Kraut § 19 Nr. 1—3) und allgemein durch G. v. 24. Dez. 1872 beseitigt. In Bayern hob das G. v. 10. Nov. 1861 die gesetzlichen Näherrechte auſser denen aus Gemeinschaft auf. Das Sächs. B.G.B. kennt keine Näherrechte. In Württemberg lieſs das G. v. 2. März 1815 nur die Erblosung bei lehnbaren Stammgütern bestehen. Vollständige Aufhebung der gesetzlichen Näherrechte in Baden durch G. v. 21. Juli 1839 (anders noch Bad. L.R. Art. 577 c h bei Stammgütern). Ebenso Groſsh. Hess. V. v. 15. Mai 1812. Meckl.-Schwer. V. v. 17. Dez. 1832 für die Städte. Oldenburg. V. v. 25. Juli 1814 § 13 u. G. v. 28. März 1852. Weim. G. v. 9. Dez. 1865. Meining. G. v. 15. Apr. 1865. Gotha. G. v. 28. März 1870. Altenb. G. v. 1819, 1825 u. 1851. Schaumburg-Lippe G. v. 4. Juni 1810 (auſser dem später erloschenen Bürgerretrakt). Lübeck. G. v. 25. März 1848 § 11 u. 10. Febr. 1862 Art. 28. Bremer Erb- und Handf.O. v. 1833 § 12. Hamburg. G. v. 12. Apr. 1871. — In Österreich verschwanden die letzten gesetzlichen Näherrechte mit der Aufhebung des gutsherrlichen Verbandes und des Lehnsverbandes. — In der Schweiz erhielten sich nur in einzelnen Kantonen (Basel, Schwyz, Nidwalden, Berner C.G.B. Art. 819—833) Überreste der Zugrechte; Huber III 265 ff. Der Schweiz. Entw. § 673 (Vorentw. § 682) kennt ein gesetzliches Vorkaufsrecht unter Miteigentümern eines Grundstücks.

[14] So das gesetzliche Vorkaufsrecht des Enteigneten und das der Miterben bei Anerbengütern.

[15] Infolge der Erneuerung des Grundbuchrechts; unten § 154 S. 798 ff.

Digitized by Google

liegenschaftlichen Sachenrechts sind die gesetzlichen Näherrechte aus dem das Sonderrecht an Grund und Boden beschränkenden Gemeinschaftsrecht hervorgewachsen[16]. Das gewillkürte Näherrecht aber ist den gesetzlichen Näherrechten nachgebildet. Unter der Herrschaft des römischen Rechtes mufsten freilich die Näherrechte, da sie sich in den römischrechtlichen Rahmen der jura in re aliena nicht einfügen liefsen, hart um eine Stätte im Sachenrecht kämpfen. Allein sie haben immer ihr sachenrechtliches Gepräge bewahrt und schliefslich die Anerkennung als eine besondere Klasse der dinglichen Rechte errungen. So hat denn auch in der Theorie der alte Streit über die Natur der Näherrechte mit dem Siege der sachenrechtlichen Auffassung geendet. Allerdings wurden die von der romanistischen Jurisprudenz seit dem sechszehnten Jahrhundert unternommenen Versuche, das Näherrecht als ein Forderungsrecht zu konstruieren und seine dingliche Wirkung aus dem Begriff der Zustandsobligation unter Zuhülfenahme einer actio in rem scripta zu erklären[17], vielfach noch im neunzehnten Jahrhundert erneut[18]. Vereinzelt wurde sogar den gesetzlichen Näherrechten überhaupt die Eigenschaft von Privatrechten abgestritten[19]. Mehr und mehr indes ist die niemals abgestorbene

---

[16] Wenn Walch alle Näherrechte auf „Gesamteigentum“ gründete (S. 104 ff., 238), so steckt in dieser verfehlten Theorie ein richtiger Gedankenkern; ein der Familie, der Genossenschaft, dem Herrn oder einer Gemeinschaft vorbehaltenes Stück des Eigentumsinhaltes ist in der Tat von den Näherrechten fortgepflanzt.

[17] So nach dem Vorbilde von Menochius, Consil. 860 Nr. 1, u. Tiraquellus a. a. O. § 8 gl. 9 Nr. 9 bes. Gaill a. a. O. § 7, Stryck, Us. mod. 18, 1 § 24 u. viele andere Juristen (vgl. Walch S. 233).

[18] Eichhorn § 103; Gerber § 175; Rofshirt, Arch. f. civ. Pr. VIII 62; Gengler, Lehrb. S. 385 Anm. 25 u. S. 391; Walter § 388; Friedlieb, Reall. S. 26; Dahlmann p. 33 sq.; Stobbe, 2. Aufl. § 89 Z. 3. Erdmann II 537 verteidigt sogar diese Konstruktion für das baltische Recht, obschon das Prov.R. Art. 1614 ausdrücklich sagt: „Das Näherrecht ist ein dingliches Recht“. Ebenso neuestens allgemein, auch für das preufs. R. und das B.G.B., Binder, Die Rechtsstellung des Erben, Bd. III (1905) S. 123 ff.

[19] So von Laband a. a. O.: weder Forderungsrecht noch dingliches Recht, sondern, ähnlich wie bei der Expropriation, eine im öffentlichen Recht wurzelnde gesetzliche Befugnis zu einseitiger Aneignung. Zustimmend Stobbe, 1. Aufl. § 89 Z. 3, Roth, D.P.R. § 328 Anm. 60. Einen Vorläufer hat diese Ansicht in der älteren Meinung, die Klage des Retrahenten sei weder persönliche noch dingliche Klage, sondern condictio ex lege seu moribus; Walch S. 234 Anm. 19. — Die Näherrechte sind freilich aus sozialrechtlichen Einschränkungen des Individualeigentums hervorgegangen, aber zu reinen Privatrechten entwickelt.

Digitized by Google

Meinung durchgedrungen, daſs das Näherrecht ein durch dingliche Klage geschütztes Recht an der Sache sei[20].

Die Näherrechte können als selbständige dingliche Rechte bestehen. Doch ist nur das gewillkürte Näherrecht von Hause aus als selbständiges Recht geboren. Die gesetzlichen Näherrechte waren ursprünglich Ausflüsse eines umfassenderen Rechtes an der Sache, das regelmäſsig in einer personenrechtlichen Gemeinschaft wurzelte, und sind nur zum Teil in selbständige dingliche Rechte übergegangen[21].

Das Näherrecht gehört zu den bloſs anwartschaftlichen Sachenrechten. Es ist verwandt mit den eigentlichen Wartrechten, unterscheidet sich jedoch von ihnen durch seine sehr viel schwächere Wirkungskraft[22]. Das Näherrecht unterwirft die Sache irgend einer Herrschaftsbetätigung des Berechtigten überhaupt nur für einen möglichen Fall, der niemals einzutreten braucht. Nur durch eine etwaige Veräuſserung der Sache an einen Fernerstehenden entfaltet es sich zu einer konkreten Rechtsmacht. Gleichwohl wird durch die Veräuſserung keineswegs das Näherrecht erst begründet,

[20] Ältere, wie Paulus Castrensis I consil. 33 Nr. 5, gaben eine actio confessoria. Nachdrücklich trat Walch S. 89 u. 235 ff. für die Dinglichkeit der Klage ein; er führt S. 234 dafür eine Dissertation von Hildebrand (Altorf 1741) und eine Schrift von Heimburg mit dem Titel „de retractu gentilitio jure in re" (Jena 1758) an. Vgl. ferner Danz, Handb. II 187 u. 207; Mittermaier § 286; Maurenbrecher § 334; Phillips § 77; Duncker, Reall. S. 63; Renaud S. 257 ff.; Bluntschli § 123; Beseler § 94 II; Cosack b. Gerber § 178; Lehmann b. Stobbe § 119 Z. 3; Heusler II 62 ff.; Steinhauser S. 60 ff.; für das preuſs. R. Eccius § 189 Anm 15, 63 ff., Dernburg § 380 ff., Kindel, Jahrb. f. D. XXIX 476. Vgl. auch Lasson, Rechtsphilos. S. 616.

[21] So die Erblosung, die ursprünglich Ausfluſs des Erbenwartrechts war. Ebenso die als Realrechte ausgebildeten gesetzlichen Näherrechte, wie Nachbarlosung und Gespilderecht. Dagegen sind die genossenschaftlichen Näherrechte stets Ausflüsse der Verbandsmitgliedschaft geblieben (hiermit erledigt sich die Bemerkung von Stobbe § 89 Anm. 10; warum soll nicht das jedem Markgenossen an jedem Grundstück der Mark zustehende Näherrecht so gut dinglich sein, wie sein Nutzungsrecht an der Allmende?). Der grundherrliche Retrakt ist Ausfluſs des Obereigentums, der Lehnsretrakt flieſst ebenfalls aus Obereigentum oder aus anwartschaftlichem Recht des Lehnsfolgers. Unselbständige dingliche Rechte sind ferner alle gesetzlichen Näherrechte aus Gemeinschaft einschlieſslich des heutigen Vorkaufsrechtes der Miterben.

[22] Es kann daher in einem Wartrecht als besonderer Bestandteil enthalten sein, wie einst im Erbenwartrecht und später im Wartrecht bei Lehngütern und oft auch Stammgütern.

Digitized by Google

sondern nur die Bedingung für seine Geltendmachung verwirklicht[23]. Das Näherrecht besteht also schon vorher als ein das Eigentum beschränkendes dingliches Recht. Es bewirkt eine Gebundenheit, die sich in subjektiven Privatrechten gründet, und versetzt hiermit die Sache bereits in ein bestimmtes Zugehörigkeitsverhältnis zu der berechtigten Person oder dem berechtigten Personenkreise.

Seinem Inhalte nach ist das Näherrecht ein Erwerbsrecht. Doch ist es weder ein Anfallsrecht, kraft dessen das Eigentum von Rechts wegen an den Berechtigten fiele[24], noch ein Aneignungsrecht, kraft dessen der Berechtigte zum Eigentumserwerb durch einseitige Besitzergreifung befugt wäre[25]. Vielmehr gewährt es eintretenden Falles nur die Befugnis, vom gegenwärtigen Eigentümer der Sache die Übertragung des Eigentums zu verlangen.

Das Näherrecht ist endlich ein durch Eintritt in die Verpflichtungen eines Käufers bedingtes Erwerbsrecht. In dieser Hinsicht aber ist es in doppelter Gestalt ausgebildet, indem es entweder als verdinglichtes Vorkaufsrecht oder als ein vom Vorkaufsrecht unabhängiges Recht erscheint[26].

Die ursprüngliche und regelmäfsige Form des Näherrechts ist die eines dinglichen Vorkaufsrechts. Als solches ist es im Mittelalter entstanden[27], in vielen Partikularrechten auch nach der Rezeption geregelt[28] und in den neueren Gesetzbüchern aus-

---

[23] Vgl. Lehmann b. Stobbe II 1 S. 484: „nicht Begründungstatsache, sondern nur Auslösungstatsache".

[24] Wenn Heusler, Inst. II 62, das Näherrecht als eine durch Veräufserung sich unmittelbar realisierende Eigentumsanwartschaft konstruiert, so setzt er sich mit der geschichtlichen Entwicklung des Gegensatzes von Revokatorienklage und Retraktsklage in Widerspruch.

[25] Die Konstruktion als „Aneigungsrecht", die Lehmann b. Stobbe § 119 Z. 3 und B.R. S. 244 durchführt, ist daher mindestens ungenau.

[26] Beide Formen sucht Dahlmann p. 5 sq. durchgängig zu sondern.

[27] Oben S. 767; Eichhorn § 99; Beseler § 94; Dahlmann p. 9 sq.; Stobbe-Lehmann S. 481.

[28] So z. B. im Dithmars. L.R. v. 1467 § 144 ff., § 188 ff., v. 1539 Art. 100 bis 102 u. 113; Henneb. L.O. v. 1530 V, 1 c. 5; Nürnb. Ref. v. 1564 XXIII, 5; Kursächs. Konst. II c. 32; Lüb. Stadtr. I, 10 Art. 6, III, 7 Art. 1; Hamb. Stadtr. II, 8 Art. 1; Solms. L.O. II t. 12; Hadeler L.R. II t. 11, Verdener Stat. 13, Stat. des Amtes Hagen Art. 4, Bremer Ritterr. t. 13, Göttinger Stat. v. 1642, Budjading. L.R. Art. 18—23 b. Pufendorf I 19, 82, III 8, IV 34, 240, 604; Stat. v. Frankenhausen Art. 23—24 b. Walch, Beitr. I 271; Mainzer Landr. t. 24 (bes. § 7 u. 10); Recht des Breidenbacher Grundes b. Stammler S. 28 ff.

Digitized by Google

gestaltet[29]. Auch in der Theorie ist die Auffassung des Näherrechts als eines dinglichen Vorkaufsrechtes niemals erloschen[30]. Sie mufs daher überall insoweit zugrunde gelegt werden, als nicht positive Rechtssätze entgegenstehen[31]. Demgemäfs schliefst im Zweifel das Näherrecht ein Vorkaufsrecht in sich und belastet die Sache mit einer dinglichen Schuld, kraft deren der jeweilige Eigentümer dem Nähergelter den Vorkauf zu verschaffen hat. Das Näherrecht richtet sich daher nicht blofs gegen den dritten Erwerber, sondern in erster Linie gegen den verkaufenden Eigentümer. Sobald dieser einen das Vorkaufsrecht verletzenden Kaufvertrag mit einem Dritten abgeschlossen hat, erlangt der Nähergelter das Recht, die Sache durch Eintritt als Käufer zu erwerben, und kann sie daher, falls sie noch nicht übereignet ist, auch dem Verkäufer abfordern[32]. Durch willkürliche Rückgängigmachung des Verkaufes geht das einmal begründete Recht nicht wieder verloren[33]. Nach der ursprünglichen Regel ist der Eigentümer verpflichtet, die Sache vor dem Verkaufe an einen Anderen dem Nähergelter gehörig zum Kauf anzubieten, wozu bald eine spezielle Mitteilung erforderlich ist[34], bald eine öffentliche Verkündigung genügt[35].

---

[29] Preufs. A. L.R. I, 20 § 570 ff.; Österr. Gb. § 1073, 1140—1141; Sächs. Gb. § 1124; B.G.B. § 1094 ff., 2034 ff.

[30] Meist wird bei den älteren Juristen der Retrakt in der Lehre vom Kauf ohne begriffliche Sonderung vom persönlichen Vorkaufsrecht behandelt und schon infolge der Berufung auf die Const. Frider. II in den Begriff des „jus protimiseos“ eingeschlossen.

[31] In diesem Sinne sprechen sich mit Recht Eichhorn § 100 u. 102, Phillips I 532, Beseler § 94 S. 399 u. 402, Roth § 328 III u. IV und im wesentlichen auch Stobbe § 89 (119) I aus.

[32] Eichhorn § 100; Beseler § 94 Anm. 12; Württ. R. b. Reyscher II § 430; Balt. P.R. Art. 1621. Vereinzelt wird noch im Sinne des alten Beispruchsrechts der ungehörige Verkauf als nichtig behandelt; Henneb. L.O. V, 1 c. 5, Bremer Ritterr. t. 13 § 1, vgl. Beseler S. 400, Dahlmann p. 16. — Reyscher a. a. O. u. Erdmann S. 544 lassen die Klage gegen den Verkäufer erst auf dem Umwege einer gegen den Käufer erzwingbaren Abtretung der Klage aus dem Kaufe entspringen.

[33] Meist wird jedoch der Rücktritt bis zur Erklärung des Berechtigten, in den Kauf eintreten zu wollen, zugelassen; Stryck, de succ. ab intest. VI c. 4 Nr. 40; Pufendorf III obs. 40 § 5; Eichhorn § 104; Walter § 390; Beseler S. 403; Preufs. L.R. I, 20 § 618 ff.; Sächs. Gb. § 1119.

[34] So nach den in Anm. 28 angef. Rechten v. Dithmarsen, Kursachsen, Lübeck, Hamburg, Hadeln, Verden, Hagen, Bremen u. Budjadingen (hier nach Art. 18 gerichtlich oder durch zwei beglaubigte Männer); auch nach Nürnb. Ref. XXIII, 5 u. Bayr. L.R. v. 1616 t. 10 Art. 2.

[35] So genügt nach den Weistümern oft allgemein oder doch hinsichtlich

Digitized by Google

Dafür ist er zum Verkaufe an einen Fernerstehenden befugt, wenn das Angebot vergeblich erfolgt, indem der Nähergelter es ablehnt oder innerhalb einer bestimmten Erklärungsfrist nicht annimmt[86]. Die Ausübung des Näherrechts ist somit durch ungehörigen Verkauf bedingt. Sie ist demgemäfs auch ausgeschlossen, wenn der Nähergelter dem Verkaufe zugestimmt hat[87]. Manche Gesetze indes verpflichten den Eigentümer nicht zum vorherigen Kaufangebot, sondern nur zur Mitteilung oder Kundmachung des geschlossenen Verkaufes und binden die Ausübung des Näherrechts an eine hierdurch in Lauf gesetzte Erklärungsfrist[88].

Anderswo hat das Näherrecht die Form eines vom Vorkaufsrechte unabhängigen Rechtes angenommen. Schon früh finden sich Ansätze zu einer solchen Entwicklung[89], die dann seit dem Verschwinden des alten Rechtsformalismus und unter dem

---

der Marklosung ein Ausgebot in der Gemeindeversammlung, nach den in Anm. 28 angef. Rechten von Henneberg, Solms, Frankenhausen u. Mainz (§ 7) u. Württ. L.R. II t. 16 überhaupt eine gehörige öffentliche Verkündigung des beabsichtigten Verkaufes.

[86] Der Eigentümer kann dem Nähergelter eine angemessene Frist setzen, mit deren Ablauf sein Schweigen als Ablehnung gilt; Eichhorn § 104 Z. 3, Walch S. 250 ff.; Balt. P.R. Art. 1645. Vielfach aber besteht eine gesetzliche Erklärungsfrist; so z. B. 8 Tage nach Offenburg. Stat. b. Walch III 139; 14 Tage nach Schleizer Stat. ib. VIII 114 u. Nürnb. Ref. XXIII, 5; 4 Wochen nach Frankenhaus. Stat. II 24; 30 Tage nach Gött. Stat. § 2 u. Öst. Gb. § 1075; 6 Wochen nach Budjad. L.R. Art. 19; 2 Monate nach Hamb. Stadtr. II, 8 Art. 4. Wo öffentliche Verkündigung ausreicht, gilt oft das Schweigen der Anwesenden sofort als Ablehnung, so dafs eine Erklärungsfrist nur für die Abwesenden läuft; vgl. Henneb. L.O. V, 1 c. 5 (2 Monate).

[87] Dies ergibt schon die Herkunft aus dem Beispruchsrecht; vgl. Leyser spec. 195 m. 6; Walch S. 255 ff.; Runde § 195; Danz II 210; Glück XVI 191; Eichhorn § 104; Gengler S. 394; Gerber-Cosack § 181 Anm. 14; II F. 26 § 3; Balt. P.R. Art. 1644 u. 1646 (schon die Unterschrift als Zeuge schliefst den Retrakt aus).

[88] So Preufs. L.R. I, 20 § 611—614 (gerichtliche oder notarielle Bekanntmachung vom geschlossenen Verkaufe, erforderlichenfalls öffentliche Zustellung) mit § 610 (zweimonatliche Erklärungsfrist); Übergabe der Sache an den Käufer ohne Bekanntmachung oder vor Ablauf der Erklärungsfrist begründet das Rückforderungsrecht gegen den Dritten (§ 631). Sächs. Gb. § 1121—1122 (Erklärungsfrist von 30 Tagen seit der Anzeige vom geschlossenen Verkauf).

[89] Sie liegen namentlich darin, dafs mitunter auch bei gehörigem Verkaufe den abwesenden Näherberechtigten, denen ein Angebot nicht gemacht werden konnte oder die öffentliche Verkündigung nicht bekannt wurde, innerhalb der Verschweigungsfrist der Retrakt vorbehalten blieb; vgl. z. B. Salzburg. Taid. S. 175 Z. 26, Solms. L.O. II, 12, Grimm, W. VI 632 § 6, Recht des Amtes Hagen Art. 4.

Digitized by Google

Einflufs der romanistischen Jurisprudenz in zahlreichen Partikularrechten zum Durchbruch kam[40]. In der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis gewann die Neigung, das Näherrecht vom Vorkaufsrecht loszureifsen, um so leichter Boden, je mehr die römische Auffassung der Obligation durchdrang und der Gedanke der Verdinglichung eines Schuldverhältnisses unfafslich wurde. So verbreitete sich die Ansicht, dafs Vorkaufsrecht und Retraktrecht zwei ganz verschiedenartige Rechte seien, von denen jenes nur gegen einen Verkäufer, dieses nur gegen einen dritten Erwerber gehe[41]. Neuere Schriftsteller legten eine derartige Auffassung bei der Konstruktion des Näherrechts überhaupt zugrunde und suchten den aus ihr abgeleiteten Folgesätzen auch da, wo kein positiver Rechtssatz hierzu nötigte, Geltung zu verschaffen[42]. Hiernach ist die Ausübung des Näherrechts erst zulässig, nachdem das Eigentum an der belasteten Sache auf einen fernerstehenden Käufer übergegangen ist[43], und kann durch Rücktritt der Vertragschliefsenden willkürlich vereitelt werden[44]. Andererseits ist seine

---

[40] Vgl. die Zusammenstellung b. Dahlmann p. 18—22, die indes manche Partikularrechte aufnimmt, die nur in dem einen oder anderen Punkte das Näherrecht verselbständigen.

[41] Vgl. z B. Madihn, De jure protimiseos ejusque a jure retractus discrimine, Halle 1758; Selchow, Jus Germ. § 591—592; Walch S. 93; Danz II 184.

[42] So zuerst Walch S. 89 ff., am schroffsten aber Renaud a. a. O.; ferner Mittermaier § 285, Gerber § 175, Gengler, Lehrb. S. 386, Cosack b. Gerber § 178, Steinhauser S. 49 ff. Renaud S. 264 u. Heusler II 64 erblicken sogar darin, dafs der Retrakt nicht auch bei der Schenkung gilt, eine Singularität. Auch will Renaud S. 265 nichts von einem Eintritt in den Kauf wissen. — Zum Teil glaubte man nur auf diesem Wege die Dinglichkeit des Näherrechts retten zu können; hiergegen Dahlmann p. 32 sq.

[43] Gaill a. a. O. Nr. 17; Walch S. 88, 180; Danz II 184; Renaud S. 257, 267; Mittermaier § 285 Anm. 5—6, § 287 Anm. 22; Gengler S. 386; Gerber-Cosack § 181; Steinhauser S. 79; Seuff. X Nr. 193.

[44] Rücktritt vor der Übereignung soll die Ausübung des Näherrechts auch dann ausschliefsen, wenn der Nähergelter sich schon gemeldet hat; Struvius, Exerc. 23 th. 66; Leyser, Spec. 195 m 9; Walch S. 281 ff.; Glück XVI 196 ff.; Renaud S. 268 ff.; Mittermaier § 287 VI; Gerber-Cosack § 181 Anm. 8; Seuff. XI Nr. 79, XIII Nr. 111. Ebenso Reyscher § 430, obschon er ein Recht vor der Übergabe entstehen läfst (oben Anm. 32). Aber auch durch Rückveräufserung an den Verkäufer oder Weiterveräufserung an einen gleich nahe Berechtigten soll die Ausübung des Näherrechts nach Renaud unbedingt, nach Anderen (Gerber-Cosack § 181, Dahlmann p. 70 sq., Stobbe-Lehmann § 119 Z. 9a, Steinhauser S. 118) mindestens dann wegfallen, wenn der Nähergelter den Anspruch noch nicht erhoben hat.

Digitized by Google

Geltendmachung grundsätzlich nicht durch ungehörigen Verkauf, sondern lediglich durch Verkauf bedingt. Ein vorheriges Angebot zum Kauf an den Nähergelter ist an sich unerheblich und begründet, falls es erfolgt, für diesen keine Erklärungspflicht. Lehnt er den Kauf ab oder schweigt er, so kann er trotzdem das Näherrecht ausüben, es müfste denn in seinem Verhalten ein Verzicht auf die Ausübung zu finden sein[45]. Ebenso wird er durch Einwilligung in den Verkauf an der Ausübung des Näherrechts nur gehindert, wenn seine Einwilligung als Verzicht zu deuten ist[46]. Die Erklärungsfristen haben demgemäfs ihre ursprüngliche Bedeutung eingebüfst und sind mit den Verjährungsfristen vermischt oder in Verjährungsfristen übergegangen[47]. Alle diese Folgesätze aus der Trennung des Näherrechts vom Vorkaufsrecht hätten nur insoweit durchgeführt werden dürfen, als sie in den Partikularrechten ausdrücklich anerkannt waren. Gerade dadurch aber, dafs man sie als gemeinrechtlich behandelte und überall subsidiär anwandte, wurden die nachteiligen Wirkungen der Näherrechte für Freiheit und Sicherheit des Verkehrs ins Unerträgliche gesteigert.

---

[45] Münchener Stadtr. Art. 153; Neumärk. P.O. v. 1540 b. Heydemann, Elemente der Joachim. Konst. S. 269; Lüneb. Ref. II, 4 § 1; Württ. R. b. Reyscher II § 434 Anm. 1. Ausdrückliche Ablehnung wird meist als Verzicht behandelt; Walch S. 252. Doch sprechen sich Renaud S. 282 u. Dahlmann p. 68 sq. auch hiergegen aus. Mittermaier § 289 Anm. 2—4 läfst nur vorbehaltlose Ablehnung, falls der Verkäufer erklärt hat, sie als Verzicht anzusehen, als Verzicht gelten. — Schweigen oder unbestimmte Erklärung können nicht ohne weiteres als Verzicht gedeutet werden; Renaud S. 282, Mittermaier Anm. 3, Walter § 392, Dahlmann p. 69, Steinhauser S. 113. Anders nach manchen Gesetzen, wie Mainzer L.R. t. 24 § 10, Bayr. L.R. IV c. 5 § 13. Allgemein wollen Leyser sp. 195 m. 5—6, Walch S. 250 ff., Gengler S. 386, Maurenbrecher S. 679 das Schweigen als Verzicht deuten.

[46] Reinkingk, De retractu consang. q. 2 Nr. 193 sq.; Mittermaier Anm. 5; Renaud S. 282 ff.; Reyscher § 434; Steinhauser S. 113 ff. Vielfach aber wird ausdrückliche Zustimmung ohne Vorbehalt als Verzicht behandelt; vgl. oben Anm. 37. Anders blofse Anwesenheit oder Mitwirkung als Zeuge oder Richter; Walch S. 257 ff., Walter § 392, Mittermaier § 289 Anm. 6, Dahlmann p. 69, Seuff. XII Nr. 180. A. M. Gerber-Cosack § 181 Anm. 14, Stobbe-Lehmann § 119 Anm. 54.

[47] Die Vermischung begegnet z. B. schon in den Kursächs. Konst. II c. 32, wo die Frist eines Jahres in gleicher Weise dem Nähergelter gegeben wird, wenn ihm der Verkauf nicht angekündigt ist und wenn er sich Bedenkzeit erbittet. Auch im württemberg. R. wurde die Frist von Jahr und Tag auf die Bedenkzeit nach erfolgter Verkündigung erstreckt; Beseler § 94 Anm. 8. Andererseits sind die kurzen Verjährungsfristen der meisten Partikularrechte oft aus Erklärungsfristen hervorgegangen.

Digitized by Google

IV. Ausübung.

1. Die Befugnis zur Ausübung des Näherrechts entsteht durch einen Verkauf der belasteten Sache an eine minderberechtigte Person. Dafs bei der regelmäfsigen Form des Näherrechts nur ein unter Verletzung des Vorkaufsrechtes geschlossener Verkauf, dieser aber schon vor der Eigentumsübertragung auf den Käufer die Ausübungsbefugnis begründet, während das vom Vorkaufsrecht losgerissene Näherrecht grundsätzlich bei jedem Verkauf, jedoch erst nach dessen Vollziehung durch Eigentumsübertragung ausgeübt werden kann, haben wir soeben gesehen. Dem Verkaufe steht Hingabe an Zahlungsstatt und jede andere entgeltliche Veräufserung gegen eine von Jedermann bewirkbare Gegenleistung gleich[48]. Dagegen versagt das Näherrecht bei der Schenkung und jeder anderen unentgeltlichen Veräufserung[49]; bei der Veräufserung gegen eine nur vom Käufer zu bewirkende Gegenleistung, wie beim Tausch[50] und beim Verpfründungsvertrage[51]; bei blofser Ver-

[48] Walch S. 154 ff.; Gengler S. 389; Roth § 328 Anm. 49; Beseler S. 405; Dahlmann p. 41; Stobbe-Lehmann S. 485; a. M. Renaud S. 266.

[49] Walch S. 167 ff. (Ausnahme bei der Reichsritterschaft S. 433, nach einzelnen Bündner Statuten b. Steinhauser S. 73 ff.); Solms. L.O. t. 12. Der Freundschaftskauf (venditio gratiosa) steht gleich, wenn er überwiegend Schenkung ist, nicht aber, wenn er als Kauf gemeint und nur der Kaufpreis aus persönlicher Rücksicht auf den Käufer niedrig bemessen ist; Pufendorf III obs. 40 § 6; Renaud S. 267; Mittermaier § 287 Anm. 16—17; Beseler S. 406; Preufs. L.R. I, 20 § 585; Seuff. XIII Nr. 110. Doch wollen Manche grundsätzlich den Freundschaftskauf dem Näherrecht entziehen; so Walch S. 177, 179 ff., Eichhorn § 102, Gengler S. 389, Stobbe-Lehmann S. 486, Bayr. L.R. IV, 5 § 9 Nr. 1—2. Unbedingt wird oft der Verkauf an den nächsten gesetzlichen Erben (Kindskauf) unter dem Gesichtspunkte der erfrühten Erbfolge dem Näherrecht entzogen; Walch S. 175 ff., Preufs. L.R. I, 20 § 584, Württemb. R. b. Wächter I 546 Anm. 98 u. Reyscher II § 430 Anm. 4. Die bäuerliche Gutsabtretung bildet schon deshalb, weil sie kein Verkauf ist, keinen Näherrechtsfall.

[50] Leyser, Spec. 194 p. 377; Walch S. 162 ff.; Solms. L.O. t. 12; Preufs. L.R. I, 20 § 577; Huber IV 724; Stat. v. Kastels Art. 1 bei Steinhauser S. 74; Seuff. XIII Nr. 109. Viele Gesetze aber behandeln den Tausch als Kauf, wenn mehr als die Hälfte der Gegenleistung in Geld oder vertretbaren Sachen besteht; Jus Culm. IV, 6 c. 8, Kurköln. Ref. XV § 6, Hohenloher L.R. III t. 5 § 19, andere Ges. b. Dahlmann p. 44 Anm. 19, Stobbe-Lehmann Anm. 17, Steinhauser S. 74 ff. Einzelne Gesetze lassen überhaupt beim Tausch den Retrakt zu; Recht der Reichsritterschaft b. Walch S. 184, Wormser Stat. b. Stobbe a. a. O., Bündner Stat. b. Steinhauser S. 74. — Auch bei der Teilung findet kein Retrakt statt; vereinzelte Ausnahmen in Bündner Stat. bei Steinhauser S. 76. — Ebensowenig bei Vergleich; Walch S. 598 ff.

[51] Walch S. 176; Preufs. L.R. I, 20 § 581; Seuff. XIII Nr. 51. Doch

Digitized by Google

pfändung oder sonstiger Belastung der Sache[52]; bei Verpachtung, Vermietung oder anderweiter Gebrauchsüberlassung[53]. Bisweilen wird die Ausübung des Näherrechts auch bei dem gerichtlichen Zwangsverkauf ausgeschlossen[54].

2. Die Befugnis zur Ausübung des Näherrechts ist höchstpersönlicher Natur; sie ist unübertragbar und unvererblich und darf auch nicht gebraucht werden, um die Sache für Rechnung eines Dritten zu erwerben[55]. Auf Verlangen des Eigentümers muſs der Nähergelter eidlich versichern, daſs er die Sache für sich haben wolle[56]. Nach manchen

---

wird der Retrakt zugelassen, wenn der Erwerber nur die Lieferung fester Mengen von Geld und vertretbaren Sachen zusagt; Preuſs. L.R. a. a. O. § 582, Stobbe-Lehmann § 119 Anm. 20. — Ist das Geschäft seinem wesentlichen Inhalte nach Kauf und nur nebenbei eine individuelle Gegenleistung des Käufers (z. B. ärztliche Behandlung oder Malen eines Bildes) bedungen, so greift das Näherrecht Platz.

[52] Doch lassen manche Quellen den Zug bei der älteren Satzung oder dem späteren Nutzpfande zu; Grimm, W. III 242 § 1, 346 § 2, V 93 § 16 b; Hadeler L.R. II, 6; Jus Culm. IV, 6 c. 4; Breidenbacher R. b. Stammler S. 77; Meckl. Stat. in Z. f. R.G. X 115, 118, 122; Waldecker R. b. Brumhard a. a. O. S. 158 ff.; Bündner Stat. b. Steinhauser S. 73; Walch S. 170, 434; Stobbe-Lehmann Anm. 16.

[53] Walch S. 170 ff.; regelmäſsig sogar bei der Erbleihe, ib. S. 172 ff., 558 ff. — Vereinzelt aber begegnet ein Näherrecht bei Pacht und Miete; Budjad. L.R. Art. 29; Breidenbach. R. b. Stammler S. 77; Waldeck. R. b. Brumhard S. 161; Bündner Stat. b. Steinhauser S. 73.

[54] Solmser L.O. II, 12 § 12; Trier. L.R. XX § 25; Bayr. L.R. IV, 5 § 9; Waldeck. G. v. 1832 b. Brumhard S. 163; Mittermaier § 287 Anm. 11—12; Stobbe-Lehmann § 119 Anm. 25. So auch B.G.B. § 1098 mit § 512. — An sich findet der Retrakt statt; Walch S. 146 ff., Mittermaier Anm. 10, Lehmann b. Stobbe Anm. 26. So auch Lüneb. Ref. II, 4 § 10—11; Preuſs. L.R. I, 20 § 615—616 u. G. v. 13. Juli 1883 § 67 (jedoch im Versteigerungstermin geltend zu machen); Öst. Gb. § 1074; Sächs. Gb. § 1126 (mit 30tägiger Bedenkfrist). In Preuſsen gilt dies auch gegenüber dem B.G.B. für die gesetzlichen Vorkaufsrechte fort.

[55] Walch S. 119 ff.; Renaud S. 273 ff.; Mittermaier § 287 V; Walter § 390 IV; Beseler § 94 Anm. 2; Stobbe-Lehmann § 119 Z. 7; Steinhauser S. 62 ff., 65 ff.; Preuſs. L.R. I, 20 § 594; Österr. Gb. § 1074. — Über die Möglichkeit abweichender Vereinbarung beim gewillkürten Näherrecht vgl. unten § 154 S. 800.

[56] Grimm, W. IV 618 § 6, V 572 § 17; Solmser L.O. t. 12; Kehdinger L.R. XXI § 3; Hohenloher L.R. III, 5 § 16; Jülich-Berg. L.R. c. 94; Hamb. Stat. II t. 8 Art. 4; Preuſs. L.R. I, 20 § 595; Walch S. 119; Beseler a. a. O.; Renaud S. 274; Stobbe-Lehmann Anm. 41; Huber IV 727 Anm. 40; Steinhauser S. 66 ff.

Quellen darf er sie während einer bestimmten Frist nicht weiter veräufsern[57].

3. Der Anspruch des Nähergelters auf Erwerb der Sache ist bedingt durch Eintritt in den geschlossenen Kauf[58]. Der Nähergelter mufs daher die vom Käufer übernommenen Verpflichtungen erfüllen. Er mufs den bedungenen Kaufpreis entrichten[59], aber auch die etwa vereinbarten Nebenleistungen bewirken oder, soweit er hierzu nicht imstande ist, nach ihrem Geldwerte vergüten[60] und die entstandenen Nebenkosten erstatten[61]. Gegenüber der Simulation eines zu hohen Preises kann er sich auf den wirklich gewollten Preis berufen[62]. Ist die belastete Sache zusammen mit anderen Gegenständen für einen Gesamtpreis verkauft (Mengekauf), so hat er den nach dem Wertverhältnis auf die retrahierte Sache fallenden Preisteil zu zahlen[63]; vielfach aber

---

[57] Grimm, W. V 572 § 17, VI 372 § 67 b; Nürnb. Ref. v. 1564 XXIII § 5; Hadeler L.R. II, 11; Kölner Ges. v. 1789 § 20 b. Maurenbrecher I 456; Bündner Stat. b. Steinhauser S. 68; Walch S. 124; Wächter I 544 ff.; Stobbe-Lehmann Anm. 43; Huber IV 727 Anm. 39.

[58] Pütter, Elem. jur. Germ. § 566: „et loco prioris emtoris nunc retrahenti fit venditio"; Walch S. 189 ff.; Stobbe-Lehmann § 119 Z. 5; Steinhauser S. 87 ff. Unrichtig Renaud S. 257, 265, 276. — Darum muß der Nähergelter bei einem aufschiebend bedingten Verkauf den Eintritt der Bedingung abwarten, während er bei einem auflösend bedingten Verkauf und insbesondere bei einem Verkauf mit Vorbehalt des Wiederkaufsrechts sofort retrahieren kann, aber unter der entsprechenden Beschränkung erwirbt; Walch S. 152 ff., Dahlmann p. 45 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 23—24, Solmser L.O. III, 12 § 16, Trier. L.R. XX § 47, Hohenloh. L.R. III, 5 § 20, Bayr. L.R. IV c. 5 § 4 Nr. 10.

[59] Dabei gelten für ihn an sich alle verabredeten Zahlungsmodalitäten; doch kann er eine dem Käufer gewährte Stundung des Kaufpreises für sich nur in Anspruch nehmen, wenn er Sicherheit leistet oder die Sicherheit durch Haftung des retrahierten Grundstücks gewährt wird; Preuß. L.R. I, 20 § 620 bis 622, 637, B.G.B. § 509.

[60] Walch S. 204 ff.; Preufs. A. L.R. § 579, 582; B.G.B. § 507. Eine nicht in Geld zu schätzende Nebenleistung kommt, falls sie nicht überhaupt den Retrakt ausschliefst (oben Anm. 51), in Wegfall.

[61] Walch S. 210 ff.; Stobbe-Lehmann Anm. 27; Grimm, W. I 15 § 45, 479 § 13, 480 § 5—6; Tiroler L.O. V t. 8; Bündner Stat. b. Steinhauser S. 100 ff.; Seuff. XI Nr. 77. Anders nach Preuß. L.R. I, 20 § 633.

[62] Vielfach wird er durch Gewährung des Rechts, eine eidliche Versicherung zu fordern, geschützt; Grimm, W. V 572 § 17; Nürnb. Ref. v. 1564 XXIII, 5 § 3; Hamb. Stat. II, 8 Art. 4; Steinhauser S. 108.

[63] Walch S. 206 ff.; Kind, Quest. for. II c. 76; Renaud S. 265; Beseler S. 405; Stobbe-Lehmann Anm. 21; Köln. Ges. b. Maurenbrecher I 453 § 9—11; Hohenloher L.R. III, 5 § 18; Württ. R. b. Wächter

Digitized by Google

kann der Verpflichtete die Erstreckung des Zuges auf den ganzen Kaufgegenstand verlangen[64].

4. Die Ausübung des Näherrechts erfolgt durch gehörige Erklärung des Nähergelters. Die Erklärung mufs mit dem Angebot der Gegenleistung verbunden sein[65]. Sie ist gegenüber dem gegenwärtigen Eigentümer der Sache abzugeben[66]. Wird das Näherrecht weder gegen den Verkäufer noch gegen den Käufer, sondern gegen einen späteren Erwerber geltend gemacht, so entscheiden auch ihm gegenüber die Bedingungen desjenigen Verkaufes, der die Ausübungsbefugnis in Kraft gesetzt hat[67]. Somit kann der zweite Käufer, der einen höheren Kaufpreis gezahlt hat, nur Ersatz in Höhe des ersten Kaufpreises fordern. Andererseits braucht, wer die Sache für einen geringeren Preis oder unentgeltlich an sich gebracht hat, sie nur gegen Zahlung des ersten Kaufpreises herauszugeben[68]. Denn die Sache war infolge des ersten Kaufes mit dem konkreten Näherrecht auf Erwerb gegen bestimmte Gegenleistungen belastet und ist mit dieser Beschwerung auf jeden Besitznachfolger übergegangen.

5. Die Wirkung der gehörigen Zugerklärung besteht darin, dafs der Eigentümer dem Nähergelter zur Übertragung von Eigentum und Besitz, der Nähergelter dem Eigentümer zur Barzahlung

I 546, Reyscher § 430 Anm. 2—3; Sächs. Gb. § 1123; Seuff. XV Nr. 236. — Manche Gesetze schließen beim Mengekauf den Retrakt aus; Bayr. L.R. IV, 5 § 12 Nr. 2; Gotha. R. b. Heimbach § 218 Anm. 3; Bad. L.R. Art. 1701 a d.

[64] Preufs. L.R. I, 20 § 7; Stobbe-Lehmann Anm. 22; Dahlmann p. 42; Gengler S. 389; Seuff. XVII Nr. 81. Nach B.G.B. § 508 nur auf solche Sachen, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können.

[65] Walch S. 219 ff.; Renaud S. 279; Beseler S. 406; Walter § 390 Anm. 5. Ist der Kaufpreis bereits bezahlt, so muß der Nähergelter ihn bar anbieten und erforderlichenfalls hinterlegen; Kehdinger L.R. t. 21 § 2 (b. Pufendorf I 156); Stat. des alten Landes (ib. IV 43); Württ. R. b. Wächter I 542 ff.; Bayreuther Landeskonst. v. 1722 VI § 11; Bayr. L.R. IV, 5 § 5; Preufs. L.R. I, 20 § 632; Seuff. II Nr. 217, IX Nr. 198. Abweichend Seuff. XI Nr. 274.

[66] Vor der Übereignung gegenüber dem Verkäufer (oben Anm. 32), soweit nicht der Retrakt lediglich gegen den Käufer zugelassen wird (oben Anm. 43).

[67] Eichhorn § 103; Renaud S. 277; Gerber-Cosack § 181 Anm. 10; Beseler S. 407; Stobbe-Lehmann Anm. 30; Steinhauser S. 91; Bayr. L.R. IV, 5 § 4 Nr. 6; Preufs. L.R. I, 20 § 635. — A. M. Mittermaier § 287 Anm. 19, Walter § 390 V.

[68] Das Preufs. L.R. a. a. O. § 636 bestimmt hier abweichend, dafs nur der niedrigere Preis zu ersetzen ist. Im Falle der Schenkung lassen Mittermaier u. Walter a. a. O. den Retrakt überhaupt wegfallen.

Digitized by Google

des erlegten Kaufgeldes oder zur Übernahme der noch unerfüllten Kaufgeldschuld verpflichtet wird[69]. Bei der Auseinandersetzung hinsichtlich der Früchte ist der Eigentümer als redlicher Besitzer zu behandeln[70]. Ebenso hat er wegen der nach dem Kaufe auf die Sache gemachten Verwendungen die Ersatzansprüche eines redlichen Besitzers[71]. Andererseits mufs er sich, wenn er inzwischen die Sache verschlechtert hat, eine der Wertminderung entsprechende Kürzung des Kaufpreises gefallen lassen[72]. Dies gilt namentlich auch in Ansehung der von ihm auf die Sache gelegten Lasten, deren rechtlicher Bestand vom Zuge nicht berührt wird, da er als Eigentümer über die Sache verfügen konnte[73].

6. Melden sich mehrere Näherberechtigte, so entscheidet zunächst das etwaige gesetzliche Rangverhältnis unter den Näherrechten. Unter gleichartigen Näherrechten gilt allgemein bei der Erblosung ein Vorrang des näheren Erben vor dem entfernteren Erben[74], partikularrechtlich auch in anderen Fällen ein Vorzugsrecht[75]. Unter ungleichartigen Näherrechten besteht nur

---

[69] Walch S. 189 ff.; Steinhauser S. 90 ff.; Preufs. L.R. I, 20 § 632, 637. Die beiderseitigen Verpflichtungen sind Zug um Zug zu erfüllen.

[70] Vielfach gilt der Satz vom verdienten Gut; Grimm, W. I 480 § 5; Bündner Stat. b. Steinhauser S. 106 ff.; Württ. L.R. II, 16 § 22 ff.; Preufs. L.R. I, 20 § 643. Anderswo teilte man pro rata temporis; Kurköln. G. § 24 bei Maurenbrecher I 456. Nach gemeinem Recht wurden die zur Zeit der Zugerklärung noch nicht getrennten Früchte dem Nähergelter gegen Ersatz der Bestellungskosten zugesprochen; Walch S. 222 ff.; Seuff. X Nr. 194, XX Nr. 152. Zum Teil aber erst von dem Augenblicke der Bereitschaft zur Erlegung des Kaufgeldes an; Bülow u. Hagemann III Nr. 2, Seuff. XII Nr. 56.

[71] Walch S. 214 ff.; Stobbe-Lehmann Anm. 33; Preufs. L.R. I, 20 § 640. Noch günstiger will Walter § 394 den Nähergelter stellen. Ungünstiger Renaud S. 278, Gengler S. 392, Dahlmann p. 53 sq., Gerber-Cosack § 81 Anm. 12. Steinhauser S. 103 ff. will ihn sogar als malae fidei possessor behandeln.

[72] Walch S. 221 ff., 582 ff.; Stobbe-Lehmann Anm. 34–35; Huber IV 724; Solmser L.O. II, 12 § 20; Bayr. L.R. IV, 5 § 10 Nr. 3; Preufs. L.R. I, 20 § 641. A. M. Renaud S. 278 ff., Gerber-Cosack § 81 Anm. 12, Walter § 391 Anm. 3.

[73] Dahlmann p. 52; Stobbe-Lehmann S. 490. Unrichtig behauptet Walter § 391 Anm. 3, dafs die Belastungen wegfallen.

[74] Walch S. 337 ff.; Eichhorn § 105; Beseler § 94 VIII; Stobbe-Lehmann § 120 I; Steinhauser S. 130 ff.; Freiburger Stadtr. b. Kraut § 130 Nr. 5; Kölner L.R. XV Nr. 5; Preufs. L.R. II, 4 § 234 ff.; Seuff. XX Nr. 240.

[75] So beim Gespilderecht für den Besitzer des gröfseren Teils; Walch

Digitized by Google

partikularrechtlich eine bestimmte Rangordnung[76]. Im Zweifel sind alle Näherrechte gleich stark. Auch gewährt das Zusammentreffen mehrerer Näherrechte in derselben Person keinen Vorzug[77]. Haben die Näherrechte gleichen Rang, so entscheidet der Regel nach die Prävention durch die erste gehörige Zugerklärung[78], bei gleichzeitiger Geltendmachung aber das Los[79].

7. Die Befugnis zur Ausübung des Näherrechts erlischt

S. 521, Stobbe-Lehmann § 120 Anm. 44, Steinhauser S. 134; Hohenloh. L.R. III, 5 § 10. Bei der Nachbarlosung für den Nachbarn auf der Sonnenseite (Kehdinger L.R. t. 21), auf der Abendseite (Pufendorf I obs. 123 § 23), zur rechten Hand (Z. f. R.G. X 118, 119), mit der längeren Grenze (Walch S. 520, Stobbe-Lehmann Anm. 34), mit Wegeverbindung über das retrahierte Gut (Budjad. L.R. Art. 25). Bei der Mark- und Landlosung für den Genossen des engeren Kreises; Brandenb.-Culmbach. Landeskonst. t. 6 § 6; Steinhauser S. 133. Bei dem reichsritterschaftlichen Retrakt für die Glieder des Ritterkreises; Walch S. 519.

[76] Häufig geht die Erblosung den anderen Näherrechten vor; Walch S. 528, Huber IV 723, Steinhauser S. 194 ff. In den Weistümern begegnet oft die Rangordnung: freunde, geteilen, nachbarn, der herr. Doch findet sich auch Vorrang der Teillosung vor der Erblosung; Grimm, W. I, 25, 35, 106, 304, III 550, Langensalz. St. v. 1556 b. Walch, Beitr. VII 278. Seltener Vorrang der Nachbarlosung; Hess. V. v. 1797 § 31 b. Stammler S. 79 ff. Vgl. ferner Hohenloher L.R. III, 5 § 17; Preuß. L.R. I, 20 § 587—591 (Miteigentümer, Verwandte, Obereigentümer, andere gesetzlich Berechtigte, aus Willenserklärung Berechtigte); Bad. L.R. Art. 1701 a g. — Eine gemeinrechtliche Rangordnung, wie sie Walch S. 522 ff. aufzustellen sucht, besteht nicht; Beseler § 94 VIII.

[77] Eichhorn § 106; Walter § 393 III; Gengler S. 398; Gerber-Cosack § 179 Anm. 11; Beseler Anm. 34; Stobbe-Lehmann Anm. 52. A. M. Walch S. 534, Runde § 196, Mittermaier § 289 Anm. 25, Maurenbrecher I § 318; auch Hohenloh. L.R. III, 15 § 17.

[78] Walch S. 516; Mittermaier § 189 Anm. 21; Walter § 393; Phillips I § 77; Gengler S. 398; Beseler § 94 VIII; Lüneb. Stadtr. II, 4; Württ. L.R. II, 16 § 17 ff. u. II, 24; Bayr. L.R. IV, 5 § 3; Bündner Stat. bei Steinhauser S. 130; Seuff. XII Nr. 54 (wo aber unrichtig erst die Anstellung der Klage als Prävention anerkannt wird). Dagegen entscheidet nach Preuß. L.R. zwar unter gleich nahen Erben die Prävention (II, 4 § 237), im übrigen aber die Wahl des Verkäufers (I, 20 § 592). — Manche Gesetze geben gleich nahen Erben den Zug nach Anteilen; Hadeler L.R. II, 11; Solms. L.O. II, 12 § 18; Wildenbruch. L.R. II, 3 § 5; Trier. L.R. XX § 6; Bündner Stat. b. Steinhauser S. 129 ff.

[79] Walch S. 516; Mittermaier § 289 Anm. 22; Walter § 393; Beseler § 94 VIII; Solmser L.O. II, 12 § 18; Lüneb. Stadtr. II, 4 § 4; Köln. L.R. III, 5 § 3; Hohenloh. L.R. III, 5 § 3; Trier. L.R. XX § 7; Wildenbruch. L.R. II, 4 § 238; Offenb. Stat. b. Walch III 137 c. 27; Bündner Stat. b. Steinhauser S. 130; Preuß. L.R. I, 20 § 593, II, 4 § 238.

Digitized by Google

durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht[80], durch eine etwa noch zulässige Rückgängigmachung des Verkaufes[81], durch Tod des Berechtigten vor Erhebung der Klage[82] und durch Ablauf der für die Geltendmachung bestimmten Frist. Der Verlust der Ausübungsbefugnis durch Zeitablauf war ein Fall der deutschrechtlichen Verschweigung[83]. Später wurde er als eine eigentümliche Art der Verjährung aufgefafst, behielt aber die wesentlichen Züge der Verschweigung bei. Dabei behauptete sich im gemeinen Recht die alte Frist von Jahr und Tag[84]. In den Partikularrechten wurde die Frist meist erheblich abgekürzt[85], selten verlängert[86]. Zum Teil wurden ungleiche Fristen für ver-

---

[80] Über die Fälle, in denen bei Trennung des Näherrechts vom Vorkaufsrecht ein Verzicht auf die Ausübung des Näherrechts angenommen wird, während bei der regelmäfsigen Form des Näherrechts die Ausübungsbefugnis gar nicht entsteht, vgl. oben Anm. 45—46.

[81] Vgl. oben Anm. 33 u. 44.

[82] Reinkingk, De retractu consang. q. 2 p. 58; Stobbe-Lehmann § 119 Z. 9e. Unrichtig verneinen Walch S. 315 u. Renaud S. 274 sogar den Übergang nach Eintritt der Rechtshängigkeit.

[83] Entsprechend der Verschweigung des Beispruchsberechtigten. Vgl. Immerwahr, Die Verschweigung S. 38 ff. Dazu II F. 9 § 1: annali silentio, ex quo sciverit computando; II F. 26 § 13: si per annum ex quo scivit tacuit. Hadeler L.R. II, 11: ewig stillschweigen. Grimm, W. I 46 § 17: so sol in ein gewer dabi schirmen.

[84] Walch S. 261; Bülow u. Hagemann V Nr. 25; Eichhorn § 104; Renaud S. 280; Gengler S. 394; Walter § 392; Mittermaier § 289 Anm. 11; Unterholzner, Verjährung II 277 ff. Vgl. Grimm, W. III 13, VI 372 § 67 e; Württ. L.R. II, 16 § 22, Wächter I 310, 540; Const. Saxon. II c. 32; Lüneb. Ref. II, 4 § 1; Kehdinger L.R. t. 21 § 4; Budjad. R. Art. 21; Göttinger Stat. § 3; Trier. R. b. Maurenbrecher II 174; Huber IV 724.

[85] Auf 6 Monate (Kurköln. L.R. XV § 1, Jülich-Berg. L.R. Art. 98); 4 Monate (Trier. L.R. XX § 1, 3); 3 Monate (Solmser L.O. II, 12 § 3, Bayreuth. Konst. v. 1722 VI § 11 b. Arnold, Beitr. II 215); 12 Wochen (Wurster L.R. t. 6); 2 Monate (Sponheim. L.R. c. 106 § 9); 6 Wochen 3 Tage (Grimm, W. V 133 § 19); 6 Wochen (Stat. v. Duisburg § 19 b. Gengler, Cod. j. mun. I 958, andere Stadtr. b. Walch, Beitr. III 330, u. Z. f. R.G. IX 415 ff., Bündner Stat. b. Steinhauser S. 115); 1 Monat (Hohenzoll. L.O. b. Kraut § 135 Nr. 4); 14 Tage (Grimm, W. III 551); 7 Nächte (ib. V 158 § 11); 3 Tage (ib. VI 632 § 6). Vgl. Walch S. 286 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 45, Steinhauser S. 115.

[86] So z. B. auf 3 Jahre u. 3 Tage (Grimm, W. I 46 § 17) oder 3 Jahre (ib. I, 16 § 49, Bad. L.R. Art. 1701). — Das Preufs. L.R. I. 20 § 644—648 läfst an sich nur die ordentliche Verjährung durch Nichtgebrauch zu, gewährt aber dem Besitzer die Befugnis, durch Aufforderung an den Berechtigten für diesen eine Ausschlufsfrist (bei Grundstücken von 2 Monaten) in Lauf zu setzen; bei der

Digitized by Google

schiedene Fälle bestimmt[87] oder den im Auslande befindlichen oder minderjährigen Berechtigten längere Fristen bewilligt[88]. Der Lauf der Frist beginnt, falls das Näherrecht als dingliches Vorkaufsrecht behandelt wird, mit dem Tage, an dem der Verkauf ohne gehöriges Angebot an den Nähergelter offenkundig geschlossen oder öffentlich verkündigt ist[89] oder der übergangene Nähergelter vom Abschlufs des Verkaufes Kenntnis erlangt hat[90]. Wo dagegen das

Nachbarlosung gilt nach § 655 eine gesetzliche Frist von 6 Monaten nach der Übergabe.

[87] So für verschiedene Arten des Näherrechts; z. B. Hohenloh. L.R. III, 5 § 23 (90 Tage bei der Erblosung, sonst 30 Tage); Hohenzoll. L.O. t. 39 b. Kraut § 135 Nr. 4 (1 Jahr bei der Marklosung, sonst 30 Tage); älteres Bad. R. b. Walch S. 287 (Jahr und Tag bei der Marklosung, sonst 4 Wochen). Ferner gegen einheimische und auswärtige Besitzer; vgl. Mainzer L.R. t. 24 § 4 (6 Wochen u. 6 Monate); Lindauer R. b. Walch S. 287 (6 Jahre gegen Fremde); Bündner Stat. b. Steinhauser S. 116 ff. (10, 12 oder 20 Jahre gegen Fremde); einzelne Bündner Stat. geben sogar gegen Landesfremde den ewigen Zug, vgl. unten § 153 S. 792 Anm. 35. Andere Sonderfristen b. Steinhauser S. 115 u. 116.

[88] Zugunsten der Landesabwesenden ist oft die im übrigen verkürzte Frist von Jahr und Tag festgehalten; Grimm, W. III 551, VI 632 § 6, R. des Amtes Hagen Art. 4, Jülich-Berg. L.R. Art. 98, Bündner Stat. b. Steinhauser S. 115. Anderswo gilt für sie eine Frist von 2 Jahren (Osnabrück. R. b. Walch S. 289, Trier. L.R. XX § 4), von 9 Jahren (Grimm, W. I 16 § 49), von 9 Jahren u. 9 Tagen (ib. I 46 § 17); nach Hadeler L.R. II, 11 bei Unkenntnis sogar von 30 Jahren 6 Wochen 3 Tagen. Manche Gesetze lassen für sie die Frist erst von der Anwesenheit an laufen; Solms. L.O. II, 12 § 4, Wildenbruch. L.R. II, 3 § 7. — Längere Fristen für Minderjährige nach Trier. L.R. u. Solms. L.O. a. a. O.; im übrigen wird ihnen meist die Restitution versagt; Walch S. 279, Seuff. VII Nr. 82, Bayr. L.R. IV, 5 § 4, 9, Mainzer L.R. t. 24 § 7.

[89] Grimm, W. I 16 § 49, 46 § 51, V 133 § 19 (nach ofnung u. fertigung des kaufs), 158 § 11 (nachdem u. der kauf offen wirt); Wurster L.R. t. 6 Art. 18; Budjad. L.R. Art. 21 (anders nur bei böslicher Verheimlichung); Mainzer L.R. t. 24 § 7 (ohne Rücksicht auf Unwissenheit, Abwesenheit oder Minderjährigkeit); Lüneb. Ref. II, 4 § 1; R. v. Hagen Art. 4; Jülich-Berg. L.R. c. 98; Lüb. Stadtr. III t. 7; Sponheim. L.R. c. 106 § 11—12; Kurköln. L.R. XV § 1 u. Erläut. II; Trier. L.R. XX § 1, 3; Württ. L.R. II, 16; Bayr. L.R. IV, 5 § 4; Bündner Stat. b. Steinhauser S. 117; Walch S. 293 ff.

[90] So nach gemeinem Recht; Fichard, Consil. II Nr. 34 § 12, Leyser, Spec. 195 Nr. 3—4, Walch S. 260, Walter § 392 Anm. 3; vgl. über das langobard. Lehnr. oben Anm. 83. Auch viele Partikularrechte fordern seit dem Verfall der öffentlichen Kundmachung Kenntnis des Berechtigten; vgl. Freiburger Stadtr. v. 1520 b. Kraut § 130 Nr. 5, Solms. L.O. II, 12 § 3, Kehdinger L.R. t. 21 § 4, Götting. Stat. v. 1642 § 3, Breidenb. R. b. Stammler S. 28 ff., R. des alten Landes a. a. O. IV 43, Hohenloh. L.R. III, 5 § 23,

Digitized by Google

Näherrecht vom Vorkaufsrecht losgelöst ist, läuft die Frist für jeden Nähergelter erst, wenn die Sache dem Käufer übergeben ist und der Nähergelter dies weifs oder wissen mufs[91]. Subsidiär tritt die ordentliche Klagenverjährung ein[92].

Mit dem Erlöschen der Ausübungsbefugnis fällt an sich nur die Geltendmachung des Näherrechts für den einzelnen Verkaufsfall weg. Das Näherrecht selbst wird damit nur beendigt, wenn es sich in einmaliger Ausübung erschöpft oder die Voraussetzungen für seinen Bestand dem neuen Eigentümer gegenüber nicht mehr gegeben sind[93].

§ 153. Die gesetzlichen Näherrechte.

Die einzelnen Arten der gesetzlichen Näherrechte, die das deutsche Recht ausgebildet hat, lassen sich je nach der Beschaffenheit des Zusammenhanges, in dem sie wurzeln, in verschiedene Gruppen teilen.

I. Näherrechte kraft Familienrechts. Das verbreitetste gesetzliche Näherrecht war die aus der familienrechtlichen Gebundenheit des Grundeigentums entsprungene Erblosung (retractus gentilitius oder ex jure consanguinitatis).

Die Erblosung war ein abgeschwächter Rest des germanischen Erbenwartrechts[1]. Das Erbrecht äufserte sich gemäfs seiner

Bayreuth. Konst. v. 1772 t. 6 § 11, Brandenburg.-Kulmbach. Konst. b. Dahlmann p. 21, einzelne Bündner Stat. b. Steinhauser S. 117. Andere Gesetze berücksichtigen die Unkenntnis nur bei Landesabwesenden; so Hamb. Stadtr. II, 8 § 4, Hadeler L.R. II, 11, Grimm, W. VI 632 § 6 (der Auswärtige hat Jahr und Tag Zeit, falls er seine Unkenntnis beschwört). Nach Wurstener L.R. t. 6 gilt mangels Verkündigung eine allgemeine Frist von 20 Jahren.

[91] Für das gemeine Recht behaupten dies Walch S. 274ff., Eichhorn § 104, Renaud S. 281, Dahlmann p. 66 sq.; ebenso Seuff. XI Nr. 274. Zum Teil entscheidet nach Bayr. L.R. die Zeit der Übergabe; Walch S. 293. Vgl. ferner Preuß. L.R. I, 20 § 655.

[92] Walch S. 280 (ohne Rücksicht auf Wissenschaft); Glück XVI 190; Beseler § 94 Anm. 29; Dahlmann p. 67. Vgl. Preuß. L.R. I, 20 § 646.

[93] So z. B. die Erblosung, wenn das Gut an einen Blutsfremden gelangt ist.

[1] Vom Wartrecht der Erben ist im Erbrecht zu handeln; die Erblosung ist nur einer seiner Schößlinge. In ihm wurzelt vor allem das Recht der Haus- und Stammgüter und der Familienfideikommisse. Im übrigen hatte es Einfluß auf die Ausbildung des Noterben- und Pflichtteilsrechts. — Vgl. für das Folgende vornehmlich: Beseler, Erbv. I 48 ff., D.P.R. S. 394 ff.; Pauli, Abh. I (1837); Siegel, Das deut. Erbrecht S. 87 ff., 111 ff., 117 ff.; Walter,

Digitized by Google

Herkunft aus der das Vermögen umspannenden familienrechtlichen Hausgemeinschaft schon bei Lebzeiten des Erblassers in einer Anwartschaft auf den künftigen Anfall. In seiner älteren Gestalt bezog sich dieses Wartrecht auf das gesamte Hausvermögen, sicherte aber dem Erben nur den ihm gebührenden Vermögensteil[2]. Die jüngere Form des Wartrechts dagegen ergriff lediglich den Grundbesitz, gewährte aber dem Erben ein festes dingliches Recht an dem ganzen liegenden Gut. Der Ausdruck hierfür war das Beispruchsrecht, vermöge dessen jede Veräufserung und regelmäfsig auch jede Belastung einer Liegenschaft an die Zustimmung der nächsten Erben (Erbenlaub) gebunden war[3]. Erfolgte die Zustimmung der nächsten Erben, so war die Verfügung unanfechtbar[4]. Fehlte dagegen der Erbenlaub, so konnte der nächste Erbe die Verfügung als ihm gegenüber nichtig anfechten und das veräufserte Gut, gleich als wäre der Erblasser im Augenblicke der unkräftigen Veräufserung verstorben, jedem dritten Besitzer abfordern[5]. Die

---

Deut. R.G. II § 469 ff.; Zimmerle, Das deutsche Stammgutssystem, Tübingen 1857; Lewis, De origine facultatis heredibus in jure Germanico concessae prohibendi alienationes rerum immobilium, Berol. 1862, Die Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers nach deut. R., Berlin 1864, S. 7 ff.; Pernice, Krit. V.Schr. IX 70 ff.; Schröder, Z. f. R.G. IX 410 ff.; Heusler, Gewere S. 43 ff., Inst. II § 89; v. Amira, Erbenfolge S. 51 ff.; Bewer, Sala, Traditio, Vestitura, Rostock 1880, S. 18 ff.; Fipper, Das Beispruchsrecht nach altsächs. R., Unters. z. D. St. u. R.G. III (1879); S. Adler, Über das Erbenwartrecht nach den ältesten bayr. Rechtsqu., ebenda XXXVII (1891); Huber, Schweiz. P.R. IV 238, 717 ff.; Stobbe § 87, Stobbe-Lehmann § 117; Steinhauser S. 34 ff.; Brunner, Beiträge zur Geschichte des germanischen Wartrechts, in der Berliner Festgabe f. Dernburg 1890, Grundzüge der deut. R.G. S. 210 ff. — Quellenstellen b. Kraut § 70.

[2] Diesem Standpunkte entsprechen die „Freiteilsrechte“, nach denen der Erblasser zum Nachteil der wartberechtigten Erben nur über einen bestimmten Teil des Vermögens verfügen kann; ursprünglich nur nach Abteilung mit den Kindern über den ihm verbleibenden Teil (so l. Bajuv. 1, 1, l. Burg. 1, 1), später auch ohne Abteilung über den Freiteil; vgl. bes. S. Adler u. Brunner a. a. O.

[3] Voll ausgeprägt zuerst in der l. Saxon. c. 62, 64; ebenso Sachsensp. I Art. 52 § 1. Mehr und mehr verbreitete es sich bei allen Stämmen. Vgl. Kl. Kaiserr. II, 103.

[4] Goslar. Stat. S. 28 Z. 28 ff.; Rechtsspruch des Lüb. Oberhofs v. 1470 (Kraut Nr. 15); Fipper S. 12 ff.; Heusler, Inst. II 56 ff. — Doch gaben manche Rechte bei der Vergabung von Todes wegen dem zur Zeit des Todes nächsten Erben ein Anfechtungsrecht; somit namentlich auch nachgeborenen Kindern; Hamb. Stadtr. v. 1292 E 25, 1497 K 8; Stobbe-Lehmann § 117 Anm. 25—26.

[5] Sachsensp. I Art. 52 § 1. Man streitet darüber, ob die Veräufserung

Digitized by Google

Klage des Erben (actio revocatoria) gründete sich also auf das ihm infolge Rechtsverwirkung des Erblassers verfrüht angefallene Eigentum[6] und war durch keinerlei Gegenleistung bedingt[7]. Sie war indes ausgeschlossen, wenn der Erbe sein Anfechtungsrecht verschwiegen hatte[8]. In den Stadtrechten wurde das Beispruchsrecht meist auf das durch Erbgang erworbene Gut (Erbgut) im Gegensatz zu dem gekauften oder sonst gewonnenen Gut (Kaufgut) eingeschränkt[9]. Allgemein aber war schon seit alter Zeit der Erblasser durch das Erbenwartrecht nicht gebunden, wenn er im Falle der echten Not das Grundstück verkaufte, nachdem er es vorher vergeblich den Erben zum Kauf angeboten hatte[10].

nichtig oder bloß anfechtbar war; den Quellen entspricht am besten die Annahme einer relativen Nichtigkeit (oben Bd. I 287 Anm. 16); redet man von Anfechtbarkeit, so ist es solche im Sinne des B.G.B., so daß die Anfechtung rückwärts nichtig macht. Jedenfalls macht der Erbe ein Recht geltend, das auf den drei Voraussetzungen der Nichtigkeit der Verfügung, des Rechtsverlustes des Verfügenden und des eignen Rechtserwerbes infolge der Todesfiktion beruht. Das Gut fällt daher auch nicht an den Veräußerer zurück; Kl. Kaiserr. II 103, Zimmerle S. 217 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 51.

[6] Das dingliche Wartrecht ist, wie beim Erbgange, von Rechts wegen in gegenwärtiges Eigentum übergegangen; vgl. Heusler II 59. Was Lehmann b. Stobbe Anm. 47 hiergegen einwendet, greift nicht durch, da im Falle der Nichtgeltendmachung des Revokationsrechts die Veräußerung des Erblassers konvalesziert und der Anfall an den Erben als nicht eingetreten gilt. Die Klage geht auch gegen spätere Erwerber; Stobbe § 87 Anm. 46. — Daß die Klage dinglich ist, nehmen (gegen Laband, Vermögensr. Kl. S. 261 ff., 276 ff., 279 ff., u. Stobbe § 87 Anm. 48) auch Zimmerle S. 160, Siegel S. 89, Beseler § 91, Bewer S. 18 an. Ebenso Lehmann b. Stobbe S. 470. Letzterer konstruiert ein „dingliches Aneignungsrecht". Allein dem widerspricht, daß nach Sachsensp. I, 52 § 1 der Erbe sich des Gutes mit Urteilen in gleicher Weise wie nach eingetretenem Erbfalle unterwindet und daß nach Richtst. Landr. 25 § 3 der Kläger sich unterwunden hat „sines eigens, des he wardende was". Die Analogie des Erbfalles spricht auch dafür, daß Grundlage des Unterwindens eine der Erbengewere entsprechende ideelle Gewere ist (Albrecht, Gewere S. 36).

[7] Wegen eines bezahlten Kaufpreises kann der Erwerber sich nur an den Veräußerer halten.

[8] Also regelmäßig nach Jahr und Tag, für den bei der Auflassung anwesenden und nicht widersprechenden Erben sofort, für den unmündigen oder abwesenden Erben nach Jahr und Tag seit der Mündigkeit oder Anwesenheit; vgl. oben § 117 S. 275.

[9] Vgl. Zimmerle S. 183 ff., Pauli I 16 ff., 48 ff., Lewis, Succession S. 54 ff., Stobbe-Lehmann § 117 Anm. 39—42, Kraut Nr. 13—14, 21—36. Der Begriff des Erbguts wird dabei verschieden begrenzt.

[10] L. Saxon. 64; Leg. fam. S. Petri Wormat. d. a. 1024 c. 2; Stadtr. v. Freiburg v. 1120 § 8; Goslar. St. S. 26 Z. 37 ff.; Zimmerle S. 198 ff.; Pauli

Digitized by Google

Das Beispruchsrecht ging in die Erblosung über, wenn und soweit einerseits die für den Fall der echten Not geltende Ausnahme zur Regel erhoben, andererseits bei ungehörigem Verkauf dem Erben nur der Erwerb des Gutes gegen Ersatz des Kaufpreises offen gehalten wurde[11]. War dies vereinzelt schon im Mittelalter geschehen[12], so wurde allgemein seit der Rezeption die Erblosung als Hauptfall des Näherrechts ausgeprägt und gesetzlich geregelt[13]. Daneben blieb das Beispruchsrecht nur im Sonderrecht der Haus- und Stammgüter lebendig. Im übrigen verschwand es, so dafs die familienrechtliche Gebundenheit des Grundeigentums sich überhaupt nur noch in der Näherberechtigung für den Verkaufsfall äufserte[14].

Der Umfang, in dem dieses Näherrecht Platz griff, war in den Partikularrechten mannigfach ungleich bestimmt. Oft unterlagen alle Liegenschaften der Erblosung[15], oft aber wurde sie, wie

---

I 114 ff.; Lewis a. a. O. S. 62 ff.; Stobbe-Lehmann Anm. 38; Schmidt, Echte Not S. 168 ff.

[11] Vgl. oben § 152 II S. 767; Beseler S. 395; Dahlmann p. 5 sq.; Stobbe § 90 I; Heusler II 60 ff.; Steinhauser S. 38 ff.; Rehme, Das Lübecker Oberstadtbuch S. 134 ff.

[12] Besonders häufig begegnet die Erblosung statt des Beispruchsrechts in ländlichen Weistümern des Mittelalters; vgl. z. B. Grimm, W. I 15 § 47, 276, 813, III 550, IV 392 § 9, V § 92 a—b, 194 § 13, VI 93 § 3, 600 § 7 und die anderen VII 328 unter „Näherrecht der Erben“ angeführten Stellen. Aber auch in Landrechten, wie Jülich Art. 18 u. Berg Art. 24 b. Schröder, Z. f. R.G. IX 415. Ebenso in Stadtrechten, z. B. Hamburg. v. 1270 I 5 b, Rigisches f. Hapsal b. Napiersky S. 30, Luzerner Art. 106.

[13] Gaill in der oben § 152 Anm. 9 angef. Stelle erklärt gerade den Retrakt der Erben für ein in Deutschland fast allgemeines Recht. Schilter a. a. O., Selchow, Hellfeld, Jurisp. for. XVIII, 1 § 994, Struben, Nebenst. V 60 ff., Walch S. 362 u. A. behaupteten sogar gemeinrechtliche Geltung. Umfangreiche ältere Spezialliteratur ist bei Walch S. 378 ff. nachgewiesen. In allen oben § 152 Anm. 1 angef. Schriften wird die Erblosung als Hauptart des Näherrechts behandelt. Vgl. bes. Dahlmann a. a. O.; u. Steinhauser S. 119 ff.; auch Eichhorn § 105, Mittermaier § 284, Beseler S. 394 ff., Stobbe-Lehmann § 120 I.

[14] Die Lücke für die Fälle der unentgeltlichen Veräußerung und der Belastung blieb unausgefüllt. Von einem „Erbenwartrecht“ kann man hier nicht mehr reden.

[15] So Solms. L.O. t. 12; Hagen. R. t. 4; Hadel. L.R. II, 11; Wurst. L.R. t. 6; Kehding. L.R. t. 21; Budjad. L.R. Art. 14; Jus Culm. IV, 6, 1; Mainz. L.R. t. 24; Zweibrück. U.G.O. c. 106; Hohenloh. L.R. III t. 5 § 3; Bayreuth. Landeskonst. t. 6 § 1; Bayr. L.R. IV c. 5 § 8; Balt. P.R. Art. 1660 für die kurländ. Städte.

Digitized by Google

schon das Beispruchsrecht, auf die Erbgüter beschränkt[16]. Mitunter wurde das Näherrecht nach dem Vorbilde des Beispruchsrechts nur den jeweilig nächsten Erben eingeräumt[17], meist aber wurde es auch entfernteren Erben zugestanden[18]. Doch blieb der Kreis der Näherberechtigten nicht nur auf die erbberechtigten Blutsfreunde eingeschränkt[19], sondern wurde vielfach noch enger begrenzt, indem man nur die Verwandten der näheren Grade zum Retrakt zuliefs[20] oder Verwandtschaft bestimmter Art forderte[21]. Immer blieb den näheren Verwandten der Vorrang vor den ent-

---

[16] Recht des alten Landes p. 43; Bremer Ritterr. t. 13 p. 84; Lüneb. Ref. II, 4 § 1; Nassau-Catzenelnbog. L.O. I, 5 § 2; Saarbrück. L.R. II Art. 4; Wimpf. Stadtr. III, 4 § 4; Jülich-Berg. L.R. c. 98; Kurköln. L.R. t. 15 § 1; Preufs. A. L.R. II, 4 § 231 (nur Güter, die schon zwei Familienglieder vor dem Veräufserer besessen haben); Balt. P.R. Art. 1655, 1656 u. 1659 (in Esthland nur die schon vom Grofsvater ererbten Güter, in Livland alle Erbgüter). Vgl. Walch S. 350 ff., Dahlmann p. 14 sq.

[17] So nach Hamb. Stadtr. II, 8 Art. 3, Sponheim. L.R. c. 106 § 2, Landr. v. Lingen v. 1642 III § 21, Zweibrück. U.G.O. c. 106, Stat. v. Frankenhausen II 23; vgl. auch Schröder, Z. f. R.G. IX 415, Zimmerle S. 201 Anm. 15, Beseler Anm. 8, Stobbe-Lehmann Anm. 7, Steinhauser S. 120.

[18] So schon Freiburg. Stadtr. v. 1520 Bl. 35 b, Solms. L.O. t. 12 usw.; Beseler Anm. 8, Stobbe-Lehmann Anm. 7, Dahlmann p. 62 sq.; Steinhauser S. 120.

[19] Daher kein Näherrecht des Ehegatten; Walch S. 313. Ebensowenig aus Adoption; Walch S. 314. Singulär ist die Berücksichtigung der Schwägerschaft im Kehdinger L.R. t. 21 § 1.

[20] Bis zum 10. Grade (Köln. L.R. XV § 1, Wildenbr. L.R. II, 3 § 4); bis zum 8. (Erfurter Retrakts-O. § 1); bis zum 6. (Köln. Ges. v. 1789 § 4) oder 3. kanon. Komput. (Budjad. L.R. Art. 18, Nassau-Catzenelnbog. L.O. I c. 5); bis zum 5. (Solms. L.O. II, 12 § 17, Schauenb. L.O. c. 16); bis zum 4. (Tiroler L.O. V, 8, Trier. L.R. XX § 45, Bayr. L.R. IV, 5 § 3); bis zum 3. (Lüneb. Ref. VI, 5 § 1, R. des alten Landes p. 43, Kob. Stat. Art. 16, Grimm, W. V 70 § 12). Mitunter werden von den Seitenverwandten nur Geschwister oder Geschwisterkinder (Braunschw. Stadtr. v. 1532 § 139, Urkdb. I 309) oder nur Geschwister (Hohenloh. L.R. III, 5 § 3) zugelassen oder die Seitenverwandten ganz ausgeschlossen (Kursächs. Konst. II c. 32). Vgl. Walch S. 366 ff., Dahlmann p. 63 Anm. 14, Beseler Anm. 10, Stobbe-Lehmann Anm. 10, Steinhauser S. 121, Erdmann S. 557.

[21] Das Preufs. L.R. II, 4 § 233 beruft nur die Schwertmagen. Unter dem Einflusse des Lehnrechts wurde manchmal Abstammung vom ersten Erwerber des Grundstücks gefordert; Köln. L.R. XV § 2, Lüneb. Ref. II, 4 § 1, Hohenloh. L.R. III, 5 § 3 u. 5, Stobbe-Lehmann Anm. 9, Steinhauser S. 120; unrichtig verallgemeinert von Walch S. 312. — Die eignen Kinder des Veräufserers wurden bisweilen ausgeschlossen, falls sie noch in väterlicher Gewalt stehen (Trier. L.R. XX § 10, Lüneb. Ref. II, 4 § 1, Wildenbr. L.R. II, 3 § 11, Köln. G. v. 1789 § 3, Zweibrück. U.G.O. c. 106, Frankenhaus. Stat. II

Digitized by Google

fernteren gewahrt[22] und der Regel nach auch die Ausübung des Näherrechts im Falle des Verkaufes an einen fernerstehenden Verwandten unverkümmert[23].

Die Erblosung ist aus dem geltenden Recht fast ganz verschwunden, kommt aber nach Landesrecht noch bei Stammgütern vor[24].

Verwandt mit ihr ist das durch neuere Gesetze geschaffene gesetzliche Vorkaufsrecht an Anerbengütern, das den durch den Anerben ausgeschlossenen Miterben zusteht, falls der Anerbe das Anerbengut innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach dem Erwerbe an einen Fremden verkauft[25].

Art. 23) oder kein eignes Vermögen besitzen (Const. Brandenb.-Kulmb. t. 5 § 1, Erfurt. Retrakts-O. § 1). An sich gelten solche Beschränkungen nicht; vgl. Walch S. 325 ff., 365 ff., Dahlmann p. 64, Stobbe-Lehmann Anm. 11—14, Seuff. XI Nr. 78 a, 274.

[22] Oben § 152 S. 781 Anm. 74. Dabei entscheidet die Nähe der Verwandtschaft zur Zeit des Abschlusses des Verkaufs. Die Nähe bestimmt sich nach der gesetzlichen Erbenstellung, jedoch, da jeder Verwandte nur aus eignem Recht berufen ist (Preuſs. L.R. II, 4 § 240), ohne Rücksicht auf Eintrittsrecht. Vgl. Walch S. 339 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 16, Lüneb. Ref. II, 4 § 8, Bayr. L.R. IV, 5 § 3 Nr. 4, Preuſs. L.R. a. a. O. § 234—236, 241 (jedoch mit einer Modifikation in § 239). A. M. Renaud S. 270; auch einzelne Gesetze, vgl. Walch S. 371, Erdmann S. 557, Steinhauser S. 123. — Manchmal gilt Vorzug des männlichen Geschlechts; Walch S. 370, Erdmann S. 557 (Balt. P.R. Art. 1665). Zum Teil auch Fallrecht; Eiderstädt. L.R. III Art. 35, Balt. P.R. Art. 1663 (in Reval u. Narwa).

[23] Bayr. L.R. IV, 5 § 12 Nr. 6; Köln. G. v. 1789 § 8; Leyser spec. 193 corol. 1; Renaud S. 271; Stobbe-Lehmann Anm. 20. Doch schlieſsen manche Partikularrechte den Retrakt in diesem Falle ganz aus; so Solms. L.O. II, 12 § 19, Trier. L.R. XX § 20, Preuſs. L.R. § 232; auch französ. Coutumes nach dem Sprüchwort „lignager sur lignager n'a droit de retenue". Unrichtig erklären dies Manche für die Regel; so Stryck, Succ. ab intest. VI c. 3 § 13 sq.; Walch S. 359 ff.

[24] E.G. Art. 59. So das vom Bremer Ritterrecht gewährte Vorkaufs- und Retraktsrecht der Agnaten an den ritterschaftlichen Erbstammgütern nach Preuſs. G. v. 24. Dez. 1872 § II Z. 3; vgl. Neubauer S. 134. Ferner die Erblosung an lehnbaren Stammgütern in Württemberg; Wächter I 858 ff., 990, Reyscher § 427—428, Lang II 128, Neubauer S. 137.

[25] Mecklenb.-Schw. V. v. 24. Juni 1869 § 11 u. A.V. z. B.G.B. § 381—384; Mecklenb.-Str. A.V. § 340—341; Preuſs. G. f. Renten- u. Ansiedlungsgüter v. 8. Juni 1896 § 27, f. Westfalen v. 2. Juli 1898 § 33. Der Zeitraum beträgt in Mecklenb.-Schw. 10 Jahre seit dem Erwerbe oder dem Aufhören einer gemeinschaftlichen Wirtschaft, in Preuſsen bei Rentengütern 20, in Westfalen 15 Jahre. Die Reihenfolge mehrerer Berechtigten richtet sich nach der Anerbenfolge. Die Ausübung ist in Preuſsen bei jedem Verkauf an einen Anerbeberechtigten, in Meckl. bei dem Verkauf an einen erbberechtigten Abkömmling oder den

Digitized by Google

II. Näherrechte kraft Genossenschaftsrechts. Aus der genossenschaftlichen Gebundenheit des Grundeigentums entsprang die Marklosung (retractus ex jure incolatus)[26]. Ihre Wurzeln liegen in der alten Markgemeinschaft, kraft deren ursprünglich jede Veräufserung von Markbestandteilen an Ungenossen der Zustimmung der Gemeinde bedurfte[27]. Aus der Abschwächung dieses Zustimmungsrechts ging schon im Mittelalter vielfach ein Näherrecht der Mark-, Dorf- oder Hofgenossen hervor[28], das sich in späteren Partikularrechten erhielt[29], in den Städten als Bürgerretrakt Eingang fand[30] und in einzelnen Ländern zur Landlosung (Territorialretrakt) erweitert wurde[31]. Den Gegenstand dieses Näherrechts bilden alle in der Gemeindeflur oder dem Territorium belegenen Grundstücke. Mitunter aber wurden ihm auch gewisse bewegliche Sachen unterworfen[32]. Näherberechtigt sind die einzelnen Mitglieder des Gemeinde- oder Territorialverbandes, aber auch die

---

sonstigen nächsten Erben ausgeschlossen. Sie findet in Preufsen auch im Falle des Zwangsverkaufs statt (oben § 152 S. 778 Anm. 54). In Mecklenb.-Schw. beträgt die Ausübungsfrist 2 Monate. Das Vorkaufsrecht des Miterben geht hier dem des Grundherrn vor. Nach beiden Mecklenb. A.V. (§ 384 resp. 341) sind die Vorschriften des B.G.B. § 1096 S. 2, 1098—1102 u. 1104 anwendbar.

[26] Walch S. 75 ff., 457 ff. u. die S. 469 angef. älteren Schriften; Beseler S. 397; Stobbe-Lehmann § 120 II; Steinhauser S. 123 ff., 157 ff.

[27] Gierke, Gen.R. I 76 ff., 172, II 200 Anm. 15, 201 Anm. 20.

[28] Thudichum, Gau- und Markenv. S. 205 ff.; Gierke a. a. O. I 172 Anm. 53, 592 Anm. 21, II 201 Anm. 16, 202 Anm. 21—22; Heusler II 61 Anm. 2; Nachweis von Weistümerstellen b. Grimm, W. VII 329. Regelmäfsig ist der Verkauf an einen Fremden gestattet, wenn das Gut in der Gemeindeversammlung oder sonst öffentlich allen Genossen („in die wittreiti") vergeblich zum Vorkauf angeboten ist; andernfalls hat jeder Genosse den „Abtrieb" oder den „Zug".

[29] Württ. L.R. II, 16 § 17 ff.; Hohenloh. L.R. III, 5 § 11—12; Bayr. L.R. IV, 5 § 6; Bayreuth. Landeskonst. VI § 7; Bad. L.O. VI, 3 § 2; Hohenzoll. L.O. t. 39; Gotha. L.O. II c. 2 t. 14; Altenburg. L.O. II c 2 t. 14; Weimar. R. b. Sachse § 345; Breidenbach. R. b. Stammler S. 75; Bündner Stat. b. Steinhauser S. 123 ff.

[30] Maurer, Städtev. II 812 ff.; Mecklenb. Stadtr. b. Böhlau, Z. f. R.G. X 112, Neubauer S. 138; Hannov. Stadtr. b. Grefe II 413; Priv. f. Wien v. 1623; vgl. auch Neubauer S. 140 XIX, 142, 143 XXII.

[31] Württemb. R. b. Wächter I 100 Anm. 17, 313 ff., 520 ff.; Mainzer L.R. t. 24 § 3; Bayreuth. Landeskonst. t. 6 § 8; Gotha. L.O. II c. 2 t. 14; Altenb. L.O. II c. 2 t. 14; Schwarzburg. R. b. Neubauer S. 139; Näherrecht der Täler und Gerichte in Graubünden b. Steinhauser S. 124; vgl. Walch S. 464 ff., Beseler S. 397, Stobbe-Lehmann § 118 Anm. 18.

[32] Grimm, W. IV 559 § 6, VI 372 § 67 c; Steinhauser S. 71 u. 125; Walch S. 182 ff.

Digitized by Google

Gemeinde oder der Territorialverband selbst[33]. Die Ausübung des Rechtes ist durch Verkauf an einen Gemeinde- oder Landesfremden bedingt[34]. Nach manchen älteren Quellen war sie an keine Zeitgrenze gebunden[35]. Dem geltenden Rechte gehört die Marklosung nicht mehr an[36].

Genossenschaftlicher Art war auch der ritterschaftliche Retrakt, der besonders an reichsritterschaftlichen Gütern den Mitgliedern der reichsritterschaftlichen Körperschaft im Falle der Veräußerung an Nichtmitglieder zustand[37], aber auch in einzelnen Ländern zugunsten des landsässigen Adels für den Fall des Verkaufes eines Rittergutes an einen Nichtadligen eingeführt wurde[38]. Hier und da kamen noch andere standesgenossenschaftliche Näherrechte vor[39].

III. **Näherrechte kraft Herrschaftsrechts.** In der Gebundenheit des Grundeigentums durch Herrenrecht wurzelt der grundherrliche Retrakt (retractus ex jure dominii directi).

---

[33] Grimm, W. I 133, 135, V 70 § 12, 567 § 9: losung o. abtrib hat die gemein oder ein jeder gemeinsman insonderheit; Steinhauser S. 125; Walch S. 461.

[34] Bisweilen konnte der Genosse die Herabsetzung des Preises auf den wirklichen Wert verlangen; Grimm, W. I 276, Landb. v. Davos S. 82 (Steinhauser S. 109).

[35] Vgl. über die ewige Marklosung Grimm, W. I 15 § 45, III 414 § 8, 416 § 6, VI 632 § 2, Landb. v. Davos S. 82, andere Bündner Stat. b. Steinhauser S. 124. Oft werden wenigstens bedeutend längere Verjährungsfristen als bei anderen Näherrechten bestimmt; Grimm, W. I 46 § 17, Stat. b. Steinhauser S. 124, hohenzoll. u. bad. R. oben § 152 S. 784 Anm. 87.

[36] Sie ist zwar durch die R.V. Art. 3 nicht beseitigt (Laband, Staatsr. I 170 Anm. 2, Stobbe-Lehmann S. 499), aber als ein nicht vorbehaltenes Privatrechtsinstitut durch das B.G.B. aufgehoben.

[37] Vgl. Walch S. 71 ff., 419 ff. und die S. 447 angef. Schriften. Der Retrakt stand zunächst den Mitgliedern des Ritterkreises, dahinter dem Kreise selbst, endlich dem ganzen Corpus zu. Die Frist beträgt 3 Jahre. — Über den Ursprung in dem Zustimmungsrecht der dienstrechtlichen Genossenschaft bei Veräußerungen an Ungenossen Gierke a. a. O. I 187.

[38] So in Pommern durch eine 1654 bestätigte Observanz, in Bayern 1672, in Altenburg 1767, in Hessen; Walch S. 451 ff., Gengler S. 397, Stobbe-Lehmann § 118 Anm. 17.

[39] So für Bürger und Bauern gegenüber dem Adel an Bürger- und Bauergütern; Kurköln. V. v. 1729 Art. 24 b. Maurenbrecher II 182. — Verwandt war das Näherrecht der christlichen Landesangehörigen gegenüber jüdischen Käufern in Kurköln (a. a. O. I 461), Kurtrier (a. a. O. II 183), Kurhessen (Roth I 165) u. Waldeck (Brumhart a. a. O. S. 160). Ferner der Retrakt bei Veräußerungen an die tote Hand in Jülich-Berg, Kurköln u. Kurtrier (Maurenbrecher I 279, 460, II 74 ff.).

Digitized by Google

Er entwickelte sich im Mittelalter als Näherrecht des Grundherrn an den nach Hofrecht verliehenen Bauerngütern, seitdem und soweit deren Veräufserlichkeit durchdrang[40], und wurde später in manchen Gesetzen allgemein dem Obereigentümer eines Grundstücks beigelegt[41]. Auch bei der städtischen Häuserleihe war vielfach ein Näherrecht des Zinsherrn anerkannt[42], das in dem Näherrecht des Rentengläubigers an dem belasteten Grundstück nachwirkte[43]. Mitunter wurde auch umgekehrt ein Näherrecht des Untereigentümers beim Verkauf des Obereigentums eingeführt[44]. Nachwirkungen hiervon waren, wie es scheint, die Näherrechte des Rentenschuldners beim Verkauf des Rentenrechts[45] und des Zehntpflichtigen beim Verkauf der Zehntberechtigung[46]. Aus dem geltenden Rechte sind diese Näherrechte fast ganz verschwunden. Doch hat sich hier und da mit dem geteilten Eigentum ein gesetzliches Vorkaufsrecht des Grundherrn bis heute erhalten[47].

Eine besondere Ausbildung erfuhr das herrschaftliche Näherrecht im Lehnsretrakt (retractus feudalis), der nicht nur dem Lehnsherrn, sondern auch den Lehnsfolgern zusteht[48].

---

[40] Gierke a. a. O. II 202 Anm. 21, Heusler II 62 Anm. 7, Steinhauser S. 128; Grimm, W. I 8, 25, 29, III 343 § 11, 706 § 6, 736 § 17, IV 2, V 49 § 24, VI 198 § 9 u. andere VII 328—329 s. v. „Näherrecht der Herrschaft oder des Stiftsvogts“ angef. Stellen.

[41] Vgl. Nürnb. Ref. XXIII 5 u. 13, Bayreuth. Landeskonst. VI § 9, Bayr. L.R. IV, 5 § 14, hannov. R. b. Grefe I 346, württ. R. b. Wächter I 524 ff., Preufs. L.R. I, 18 § 710—712; Walch S. 68 ff., 402 ff., Beseler S. 398, Stobbe-Lehmann § 120 VI. — Dem bloßen Gerichtsherrn, dem früher das Näherrecht manchmal zugestanden hatte (vgl. z. B. Grimm, W. I 106, 335), wurde es überwiegend versagt; Walch S. 409 ff.

[42] Arnold, Zur Gesch. des Eigent. S. 154 ff., 179 ff.; Bamberg. R. IV § 42—44 b. Zöpfl S. 15 ff.; Duisburg. R. § 18 b. Gengler, C.J.M. I 958; Wimpfener R. v. 1404 § 39 b. Schröder, Z. f. R.G. IX 417; Urk. v. 1401 b. Lörsch u. Schröder Nr. 260 (241).

[43] Oben § 151 S. 758 Anm. 30.

[44] Württ. L.R. II, 16 (Wächter I 526); Graubündner Artikelbrief v. 1526 b. Steinhauser S. 127 ff.

[45] Oben § 151 S. 758 Anm. 30.

[46] Preufs. L.R. II, 11 § 94; braunschw. R. b. Steinacker S. 531 ff.

[47] So in Braunschweig; vgl. A.G. z. B.G.B. § 52, wonach die gesetzlichen Vorkaufsrechte des Erbzinsherrn und des Eigentümers der Emphyteuse nicht eintragungsbedürftige dingliche Rechte sind. In Mecklenb.-Schwerin; A.V. z. B.G.B. § 381. In Schwarzb.-Rudolst.; Neubauer S. 139.

[48] Während der Retrakt des Lehnsherrn Ausfluß des Obereigentums ist (Walch S. 400 ff.), stammt der Retrakt der Agnaten als eine Art Erblosung aus dem Erbenwartrecht und der Retrakt der Mitbelehnten (Walch S. 380 ff.)

Digitized by Google

IV. Näherrechte kraft Gemeinschaftsrechts. In der Gebundenheit der Anteile bei deutschrechtlichen Gemeinschaftsverhältnissen wurzelt die Ganerbenlosung (retractus ex jure condominii). Dieses Näherrecht entwickelte sich seit dem Mittelalter aus der Abschwächung der gesamten Hand bei Gemeinschaften, bei denen die Anteile der Gemeiner im übrigen frei veräufserlich waren oder wurden[49]. Von der späteren Gesetzgebung wurde es vielfach in alles Miteigentum an Liegenschaften eingeführt[50] und oft auch auf das Miteigentum an beweglichen Sachen erstreckt[51]. Daneben erfuhr es bei bestimmten Arten der Gemeinschaft eine besondere Ausprägung[52]. Im französischen Recht erhielt es sich bei der Erbengemeinschaft[53].

Das B.G.B. hat das gesetzliche Vorkaufsrecht unter Miterben zu gemeinem deutschem Recht erhoben[54]. Im übrigen

---

aus der gesamten Hand. Der Lehnsretrakt zeigt die Besonderheit, daſs er den revokatorischen Anspruch aus unbewilligter Veräuſserung nicht aufgezehrt hat, sondern ergänzt. Näheres im Lehnrecht.

[49] So namentlich früh bei ritterlichen Ganerbschaften; Wippermann S. 28 ff. Ferner bei Agrargenossenschaften mit veräuſserlichen Nutzungsanteilen; Gierke a. a. O. S. 604, S. 611, Heusler, Inst. II 61 Anm. 5. Bisweilen auch bei Gewerkschaften; Opet, Z. f. Bergr. XXXIV 307, Gierke a. a. O. I 379, Stobbe-Lehmann § 98 Anm. 5. Desgleichen bei der Reederei; nord. Rechte b. Wagner, Seerecht I 216 Anm. 6, Hans. Rez. v. 1591 Art. 54, Hans. Seerecht III, 14, Hamb. Stadtr. II, 14 Art. 31. Allgemein bei gemeinschaftlichem Eigentum an städtischen Grundstücken nach manchen Stadtrechten; Münch. Stadtr. Art. 213 u. 268, Goslar. Stat. S. 23 Z. 7 ff., Frankf. R. b. Thomas, Oberhof S. 486 Nr. 64, Eisenach. R. b. Purgoldt I 98; anders Rechtsb. n. Dist. II, 4 d. 15 (nur, wenn der Teilhaber zugleich Erbe ist).

[50] Frankf. Ref. I, 6 § 8, II, 5 § 1—12; Lüneb. Ref. II, 5; Saarbrück. L.R. II Art. 4 § 2; Hadel. L.R. II, 11; Hohenloh. L.R. III, 5 § 9 ff.; Nassau-Catzenelnbog. L.O. I c. 6 § 23; Lindauer, Kemptner, Salzburg. R. b. Roth, Bayr. C.R. II § 142 Anm. 12; Ansbach. R. u. andere Stat. b. Neubauer S. 136 nur für Häuser; schweiz. R. b. Huber IV 698 Anm. 17, 723 Anm. 22. Vgl. Walch S. 390 ff., Beseler S. 398, Stobbe-Lehmann § 98 Anm. 24.

[51] Bayreuth. Landeskonst. VI, 5; Preuſs. L.R. I, 17 § 61—62, 65 u. Ges. v. 2. März 1850 § 4; Bayr. Landt.A. v. 10. Nov. 1861 III § 28, dazu Roth II 185 ff., Neubauer S. 135 ff. Auch Anteile an Vermögensinbegriffen und an Rechten unterliegen hier dem Retrakt. Doch in Preuſsen nach der Meinung des R.Ger. XIX Nr. 54 nicht Anteile an Forderungen. Wohl aber der Anteil an der ungeteilten Erbschaft; O.Trib. Entsch. XXXIV 146, R.Ger. XXXIII Nr. 69.

[52] Oben Anm. 49. Bei der Reederei, bei der es im Preuſs. Seer. v. 1727 II, 5 u. im Preuſs. L.R. II, 8 § 1437 ff. anerkannt war, wurde es durch H.G.B. Art. 470 aufgehoben.

[53] Code civ. Art. 841; Zachariae-Crome II 524 ff.

[54] B.G.B. § 2034—2037; Komm. v. Planck, Wilke, Frommhold, Herz-

Digitized by Google

ist das Näherrecht aus dem Miteigentum beseitigt[55]. Dagegen kann bei Gemeinschaften, die den Vorschriften des B.G.B. über Miteigentum nicht unterliegen, ein Näherrecht der Miteigentümer nach Landesrecht fortbestehen[56].

Die Besonderheiten der Näherrechte kraft Gemeinschaftsrechts beruhen darin, dafs ihren Gegenstand ein für sich veräufserlicher ideeller Anteil als solcher bildet[57], die Berechtigung aber untrennbar mit den übrigen Anteilen verknüpft ist[58].

V. Näherrechte kraft Sachzusammenhanges. In dem äufseren Zusammenhange der Grundstücke wurzelt die Nachbarlosung (Fürnossenrecht, retractus ex jure vicinitatis)[59]. Ursprünglich freilich mag dieses Näherrecht aus der Markgemeinschaft entstanden sein und nur ein Vorzugsrecht der Nachbarn bei der Marklosung bedeutet haben. Allein vielfach entwickelte es sich zu einem selbständigen Recht, das den Nachbarn für jeden

---

felder; Endemann III § 110; Krefs, Erbengemeinschaft, Jena 1903, S. 188 ff.; Strohal, Erbrecht (3. Aufl.) II 99 ff.; Binder, Rechtsstellung des Erben III 115 ff. Näheres im Erbrecht.

[55] Nach E.G. Art. 181 Abs. 1 auch bei früher enstandenem Miteigentum.

[56] So in Braunschweig das nach A.G. z. B.G.B. Art. 218 ohne Eintragung dingliche Vorkaufsrecht der Genossenschaft und der Genossen an den Anteilen bei Genossenschaftsforsten aus G. v. 19. Mai 1890 § 9. Ebenso in Rheinhessen das gesetzliche Vorkaufsrecht bei bestehendem Stockwerkseigentum; Hess. AG. z. B.G.B. Art. 218. Auch sonst ein etwa bestehendes Näherrecht bei einer nach E.G. Art. 181 Abs. 2 vom bisherigen Recht beherrschten Gemeinschaft (z. B. einer Ganerbschaft).

[57] Bei dem Miterbenretrakt, wie nach preufs. R. (R.Ger. XXXIII Nr. 69) u. französ. R. (R.Ger. VII Nr. 82), so nach B.G.B. der Anteil an der Erbschaft als einem Vermögensganzen. Der dingliche Anspruch entsteht durch den Verkauf dieses Anteils an einen Dritten und richtet sich, mag er gegen den Verkäufer oder Käufer oder einen spätereren Erwerber gehen, auf Übertragung dieses Anteils durch dingliche Verfügung (in der Form des § 2033); Strohal II 101—103, Binder III 126, Wilke zu § 2034 Bem. 1, Leske S. 1115 Anm. 9. Unrichtig nehmen Endemann a. a. O. Anm. 15, Planck zu § 2035 Bem. b, Herzfelder Bem. II 6, Krefs a. a. O. S. 190 an, dafs durch die Erklärung des Miterben das erworbene Recht des Dritten von selbst hinfällig werde.

[58] Das Näherrecht des Miterben ist mit dem Erbteil vererblich (B.G.B. § 2034 Abs. 2. S. 2), nicht aber übertragbar. Unter mehreren Teilhabern ist nach bisherigem Recht Jeder zur Ausübung befugt; so auch beim preufs. u. französ. Erbenretrakt. Dagegen können nach B.G.B. § 2034 Abs. 1 die übrigen Miterben das Vorkaufsrecht nur gemeinsam binnen 2 Monaten ausüben. Wenn aber ein Miterbe es nicht ausüben kann oder will, können es die anderen im Ganzen ausüben (§ 513).

[59] Walch S. 77 ff., 470 ff., sowie die ältere auf S. 480 angef. Literatur Beseler S. 397; Stobbe-Lehmann § 120 III.

Digitized by Google

Fall des Verkaufes eines Grundstückes an einen Nichtnachbarn zustand[60]. Bisweilen war es nur in beschränkter Weise anerkannt[61]. Aus dem geltenden Recht ist es verschwunden.

In der ehemaligen Zusammengehörigkeit von Grundstücken, die durch Spaltung eines früher einheitlichen Grundstückes entstanden sind, wurzelt das Gespilderecht (Teillosung, retractus ex jure congrui)[62]. Dieses Näherrecht, das als Nachwirkung einstiger Unteilbarkeit erscheint, erlangte schon im Mittelalter eine große Verbreitung[63] und blieb in vielen späteren Gesetzen anerkannt[64]. Es stand ohne Rücksicht auf die Länge der seit der Teilung verflossenen Zeit den Teilgenossen oder „Geteilen" für den Fall des Verkaufes eines der Grundstücke an einen Dritten zu[65]. Bisweilen galt es als „Zinslosung" oder „Fronlosung" nur unter den Eigentümern solcher Teilstücke, die noch durch Ein-

---

[60] Grimm, W. III 724 § 14, V 145 § 32; Ostfries. L.R. II c. 250; Hadel. L.R. II t. 11; Budjad. L.R. Art. 24—26; Kehding. L.R. t. 21 § 1; Billwärder L.R. Art. 66; Hohenloh. L.R. III, 5 § 13 (soweit hergebracht); Hohenzoll. L.O. t. 77; Schauenburg. Pol.O. c. 27; Hess. V. v. 1797 § 31 b Stammler S. 79 ff.; Mecklenb. Stadtr. in Z. f. R.G. IX 115 u. 118 ff.; Grefe II 412 ff.; Preuß. L.R. von 1721 IV t. 7 Art. 4 § 2—5 u. dazu A.L.R. I, 20 § 650; Balt. Stadtr. b. Erdmann II 562; schweiz. Recht b. Huber IV 723 Anm. 21; Neubauer S. 138 VII u. IX, 139 XV 3, 142, 144 XXV. — Über den Vorrang eines unter mehreren Nachbarn oben § 152 S. 782 Anm. 75 und über das Rangverhältnis gegenüber anderen Näherrechten ebenda Anm. 76.

[61] So nach Bayreuth. Landeskonst. VI § 6 nur, wenn Irrungen drohen. In manchen Städten als „Dachlosung" nur bei Gebäuden unter Einem Dach: Waldeck. G. f. Arolsen v. 30. Mai 1572 b. Brumhard S. 160; Ansbach. Feuer-O. v. 1760 b. Arnold, Beitr. II 126; Bad. L.R. Art. 1701 ab. Nach Preuß. A.L.R. I, 20 § 651—656 nur an Enklaven.

[62] Walch S. 81 ff., 480 ff. u. die S. 496 angef. älteren Schriften; Beseler S. 398; Stobbe-Lehmann § 120 IV; Steinhauser S. 126 ff.

[63] Ländl. Weist. b. Gierke a. a. O. II 204 Anm. 30, Heusler II 62 Anm. 6, Kraut, Grundr. § 130 Nr. 11—12, u. die b. Grimm, W. VII 328 s. v. „Näherrecht des geteilen" nachgewiesenen Stellen. Städt. Urk. bei Arnold, Eigent. S. 414, Pauli, Abh. I 142 Anm. 232.

[64] Württ. L.R. II, 16, vgl. Wächter I 532 ff.; Tiroler L.O. V, 8; Hohenloh. L.R. III, 5 § 9 u. 14; Bad. L.O. VI t. 3 § 2; Weimar. L.O. v. 1556 t. 32—33 u. 1589 t. 37—38, vgl. Sachse § 344; Gotha. L.O. II c. 2 t. 3, Kob. t. 73, Altenb. II c. 2 t. 14, Anhalt. t. 17; Schwarzb.-Sondersh. V. v. 23. Dez. 1721 b. Kraut § 130 Nr. 13; Bayreuth. Landeskonst. III § 3, VI § 6; Stat. v. Langensalza v. 1556 b. Walch, Beitr. VII 278 (Kraut § 135 Nr. 5); Stat. von Offenburg ib. III 137 Art. 24; schweiz. R. b. Huber IV 723 Anm. 23.

[65] Über den Vorrang des Geteilen, der den größten Teil hat, und über das Rangverhältnis zu anderen Näherrechten oben § 152 S. 781 ff. Anm. 75—76.

Digitized by Google

zinserei oder gemeinsame Dienstpflicht verbunden waren[66]. Heute ist es überall beseitigt.

VI. Näherrechte aus Enteignung. Dem geltenden Rechte gehören die früher besprochenen gesetzlichen Vorkaufsrechte aus Enteignung oder Grundabtretung zu Zwecken des Bergbaubetriebes an, die in ihrer neuesten Gestalt als eine Form des Gespilderechts erscheinen[67].

§ 154. Das gewillkürte Näherrecht.

I. Geschichte. Die rechtsgeschäftliche Begründung eines Näherrechts erfolgte im Mittelalter durch ein der Übereignung oder Verleihung eines Grundstücks eingefügtes Gedinge, kraft dessen dem Veräufserer oder einem Dritten ein Vorkaufsrecht zustehen sollte[1]. Denn da der Erwerber nur ein dem Gedinge gemäfs beschränktes Eigentum erlangte und weitergeben konnte, entstand ein solches Vorkaufsrecht als ein gegen Jedermann wirksames dingliches Recht[2]. Hier wie überall war die dingliche Wirksamkeit der vereinbarten Eigentumsbeschränkung durch ihre Aufnahme in den offenkundigen Übertragungsakt verbürgt, zugleich aber die Ausübung des Rechts gegen Dritte durch das Erfordernis gleicher Offenkundigkeit der Weiterübertragung gesichert und durch die Rechtssätze über Verschweigung und rechte Gewere begrenzt.

Nach der Rezeption hielt man zunächst an der Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Bestellung eines Näherrechts fest und bildete den Begriff des „retractus conventionalis" aus[3]. Allein mit dem Verfall der deutschrechtlichen Formen des Liegenschafts-

---

[66] Walch S. 493 ff.; Ortloff, Grundz. S. 440 Anm. 27. Dabei Vorzugsrecht des meist Zinsenden; Grimm, W. III 550. Oder des Zinsträgers; württ. R. b. Wächter I 809, Offenburg. Stat. a. a. O. S. 140 Art. 27, schweiz. R. b. Huber IV 722 Anm. 19.

[67] Oben § 128 XI S. 508.

[1] Beispiele b. Laband, Vermögensr. Kl. S. 271; Ausbedingung des Vorkaufsrechts für einen Dritten in Urk. v. 851 b. Lörsch u. Schröder Nr. 60; Vorbehalt bei Hingabe zu Erbleihe ebenda Nr. 110, 135, 165. — Auch Einräumung an den Pfandgläubiger bei der Verpfändung begegnet; unten § 155 Anm 25 u. Anm. 67.

[2] Die Wirksamkeit gegen Dritte wird manchmal besonders hervorgehoben, tritt aber auch ohne dies ein; Laband a. a. O., Stobbe-Lehmann § 118 Anm. 6.

[3] So Tiraquellus in der oben § 152 Anm. 9 angef. Schrift; Voet 18, 3 § 9 sq.; Struvius, Exerc. 23 th. 40 u. 47; Schöpf, De retractu conventionali et testamentario, Tub. 1758; andere Schriften b. Walch S. 304 Anm. 1.

Digitized by Google

verkehrs geriet die dingliche Wirksamkeit dieses Retraktes ins Schwanken. Manche Partikularrechte liefsen freilich aus dem blofsen Vertrage ein wirkliches Näherrecht entspringen[4]. Mehr und mehr aber drang die Meinung durch, dafs an sich der Vertrag nur Rechte gegen den anderen Vertragsteil erzeuge und dafs nach gemeinem Recht die vertragsmäfsige Begründung eines gegen Dritte wirksamen Näherrechts überhaupt unmöglich sei[5]. Vielfach liefs man daher den Begriff des retractus conventionalis ganz fallen, sprach nur von einem vertragsmäfsigen Vorkaufsrecht (jus protimiseos) und identifizierte, da man gleichzeitig den gesetzlichen Näherrechten den vorkaufsrechtlichen Inhalt entzog, den Gegensatz von Vorkaufsrecht und Retraktrecht mit dem von persönlichem und dinglichem Recht[6]. Länger hielt man an der Annahme fest, dafs durch letzten Willen ein Näherrecht begründet werden könne (retractus testamentarius)[7], gab aber endlich auch diese Form des gewillkürten Näherrechts auf[8].

Die Wiederbelebung des Publizitätsprinzips in den Partikularrechten verhalf dem gewillkürten Näherrecht zu erneuter Geltung. Denn nunmehr wurde der Eintragung in das Hypothekenbuch oder Grundbuch die Kraft beigelegt, das persönliche Vorkaufsrecht aus rechtsgeschäftlicher Einräumung in ein dingliches Recht zu verwandeln[9]. Zum Teil freilich wurde infolge der Spaltung von

---

[4] Württ. L.R. II, 16 § 12; vgl. Wächter I 535 ff. Hohenloh. L.R. III, 5 § 4 (durch schriftliche oder vor der Obrigkeit erfolgte Erklärung). Bayr. L.R. IV, 5 § 17. Bad. L.R. Art. 1701 aa, am.

[5] Stryck, de succ. ab intest. VI c. 1, Us. mod. 18, 1 § 23—24 (non contra tertium possessorem); Walch S. 303 ff.; Runde § 193; Glück XVI 167 ff.; Bülow u. Hagemann IV Nr. 7; Eichhorn § 101; Mittermaier II § 286; Walter § 389; Gerber § 175 Anm. 6; Gengler, Lehrb. S. 387; Beseler § 94 III; Roth, D.P.R. III § 328 I 2; Stobbe-Lehmann § 119 Z. 2; Seuff. III Nr. 87. — A. M. Renaud S. 260 ff. unter Berufung auf die Analogie des Pfandrechts.

[6] So namentlich Walch S. 91 ff.; vgl. auch Pütter § 560 ff., Selchow § 591—592, Danz II 184 ff.

[7] Walch S. 497 ff.; Glück XVI 169; Danz II 217. Dazu Schöpf in der oben Anm. 3 angef. Schrift, Renaud S. 262, auch Bayr. L.R. IV, 5 § 17.

[8] Eichhorn § 101; Gerber a. a. O.; Gengler S. 387; Walter § 389 III; Stobbe-Lehmann Anm. 9.

[9] Schon die Kursächs. Konst. v. 1572 P. II c. 32 bestimmt: „do aber das Gut vor die Nehergeltung gebürlich hypothecirt, .. kan der Kauffer angesprochen werden“. Die Bayreuth. Landeskonst. v. 1722 VI § 10 legt dem retractus conventionalis dingliche Wirkung bei, wenn entweder in favorem retrahentis die Clausula hypothecae oder ein pactum commissorium adjiciret worden oder der Emtor von dem Vorkauf gewußt hat. Durchgreifend verordnet das Preuß.

Digitized by Google

Näherrecht und Vorkaufsrecht das eingetragene Vorkaufsrecht als ein vom Näherrecht wesensverschiedenes Gebilde behandelt[10]. Allein seitdem man die gesetzlichen Näherrechte wieder als dingliche Vorkaufsrechte auffaſste, erschien auch das gewillkürte dingliche Vorkaufsrecht wieder als Näherrecht[11]. In diesem Sinne ist das im gröſsten Teile Deutschlands schon bisher zugelassene gewillkürte Näherrecht durch das B.G.B. als Vorkaufsrecht an Grundstücken zu gemeinrechtlicher Geltung erhoben[12].

II. Vorkaufsrecht an einem Grundstück[13]. Das gewillkürte dingliche Vorkaufsrecht des geltenden Rechtes ist ein begrenztes dingliches Recht, dessen Begründung sich nach den allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken richtet[14].

A. L.R. I, 20 § 569—571, daſs das durch Vertrag oder letztwillige Verfügung bestellte Vorkaufsrecht in der Regel nur ein persönliches Recht ist, aber bei unbeweglichen Sachen durch Eintragung in das Hypothekenbuch „die Eigenschaft eines dinglichen Rechts erlangt". Ebenso Österr. Gb. § 1073. In Württemberg wurde die „bedungene Losung" seit Ges. v. 1815 durch Eintragung begründet; Reyscher II § 428 Anm. 7, Wächter II 395 Anm. 10, Seuff. XXXV Nr. 144. Vgl. ferner Bayr. Hyp.Ges. v. 1. Juni 1822 § 5 u. § 130 Nr. 4; Sächs. Gb. § 1124; Mecklenb. Hyp.O. f. Landgüter § 4, Stadtbuch-O. § 2 Nr. II; Anhalt. Grundb.G. § 3; Ges. f. Altenburg, beide Reuſs, Sondersh., Hamburg u. Lübeck in Motiven zum Entw. des B.G.B. III 448 Anm. 1.

[10] Eine ältere Auffassung nahm ein hypothekarisch gesichertes persönliches Recht an; vgl. die Kursächs. u. Bayreuth. G. in Anm. 9, Stryck a. a. O. (oben Anm. 5), Walch S. 304. In Bayern herrschte Streit, ob die Eintragung verdingliche oder nur dingliche Wirkungen bestimmter Art erzeuge; Seuff. XXXII Nr. 43, Regelsberger, Bayr. Hyp.R. S. 44 Anm. 8. Eichhorn § 101 spricht von Verwandlung in eine Reallast. Andere wollen das dingliche Vorkaufsrecht als besonderes Rechtsinstitut vom Retrakt unterscheiden; so Laband S. 186 Anm. 52, Erdmann II 538, Steinhauser S. 52 ff.; vgl. auch Gerber § 175 Anm. 6.

[11] So im Preuſs. L.R., Österr. Gb., württ. R. u. den in Anm. 9 angef. neueren Landesgesetzen.

[12] Die Landesgesetzgebung kann es nicht ausschlieſsen, da der in den Motiven III 449 in Aussicht gestellte Vorbehalt nicht erfolgt ist. — Vor dem 1. Jann. 1900 bestellte dingliche Vorkaufsrechte bestehen mit ihrem bisherigen Inhalt fort. — Ein aufgehobenes gesetzliches Vorkaufsrecht wird durch Eintragung auf Grund vertragsmäſsiger Anerkennung nicht geschützt; R.Ger. V Nr. 60. — Der Schweiz. Entw. § 672 (Vorentw. § 681) kennt nur die Verdinglichung eines Vorkaufsrechts durch Vormerkung im Grundbuch.

[13] Immerwahr, Das dingliche Vorkaufsrecht des B.G.B., Jahrb. f. D. XL 279 ff. Cosack, B.R. § 248; Endemann II § 111; Matthiaſs II § 51; Leske § 130; Dernburg, B.R. II § 192; H. O. Lehmann, B.R. § 86; Landsberg § 199. Kommentare von Planck, Biermann, Kober, Meisner, Fuchs zu B.G.B. § 1094—1104.

[14] Sie erfolgt also durch Einigung und Eintragung. Ein Vorkaufsrecht

Digitized by Google

Seinen Gegenstand kann ein Grundstück oder eine liegenschaftliche Gerechtigkeit bilden. Auch ein Miteigentumsanteil kann mit einem Vorkaufsrecht belastet werden[15]. Im Zweifel erstreckt sich das Vorkaufsrecht auch auf das mit dem Grundstück verkaufte Zubehör[16].

Die Berechtigung kann als Personalrecht für eine bestimmte Person oder als Realrecht für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks begründet werden; die Umwandlung eines Vorkaufsrechts der einen Art in ein Vorkaufsrecht der anderen Art ist ausgeschlossen[17]. Das Personalvorkaufsrecht ist im Zweifel unübertragbar und unvererblich, kann aber als übertragbares oder vererbliches Recht bestellt werden[18]. Es kann auch einer juristischen Person oder einer Personeneinheit zustehen. Auch können mehrere Personen gemeinschaftlich berechtigt sein[19]. Das Realvorkaufsrecht kann auch an eine liegenschaftliche Gerechtigkeit geknüpft werden.

Der Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts deckt sich mit

---

am eignen Grundstück kann nicht bestellt werden, aber im Falle späterer Vereinigung bestehen. Über das Verhältnis des dinglichen Bestellungsaktes zu der Begründung des obligatorischen Vorkaufsrechtes vgl. Immerwahr S. 293 ff.

[15] Nicht aber sonst ein Bruchteil; B.G.B. § 1095. — Ein Vorkaufsrecht an einem Realteil ist möglich, soll aber nach Grdb.O. § 6 nicht bestellt werden (a. M. Planck zu § 1095 Bem. 3). Dagegen ist die Belastung des ganzen Grundstücks mit einem Vorkaufsrecht, dessen Ausübung auf einen Realteil beschränkt wird, auch grundbuchrechtlich zulässig; Rspr. d. O.L.G. IV 76; Biermann zu § 1095, Planck Bem. 3.

[16] B.G.B. § 1096. Vgl. Immerwahr S. 314.

[17] B.G.B. § 1094 Abs. 2, § 1103.

[18] B.G.B. § 1098 mit § 514. Ist das Recht auf bestimmte Zeit beschränkt, so ist es im Zweifel vererblich. — Immerwahr S. 290 ff. meint, daß die Ausbedingung der Übertragbarkeit oder Vererblichkeit beim dinglichen Vorkaufsrecht unzulässig sei. Ebenso anscheinend Endemann S. 434 Anm. 12. Meisner zu § 1099 Bem. 1a bestreitet sogar die Vererblichkeit im Falle der Befristung. Vgl. aber Biermann zu § 1094 Bem. 1, Fuchs zu § 1103 Bem. 3, Cosack Anm. 10a, Dernburg S. 94 Anm. 1, H. Lehmann S. 344, Matthiaſs S. 133; unten Anm. 25. — Auch nach Preuſs. L.R. I, 20 § 596 mit I, 11 § 317—318 u. Sächs. Gb. § 1127 kann Vererblichkeit bedungen werden. Anders Öst. Gb. § 1074.

[19] Dann kann die Ausübung nur im Ganzen, jedoch, wenn ein Mitberechtigter nicht ausüben kann oder will, durch die anderen stattfinden; B.G.B. § 513. — Nicht zu verwechseln hiermit sind selbständige Vorkaufsrechte Mehrerer an demselben Grundstück; unter ihnen entscheidet der Rang (§ 879), bei gleichem Range Prävention.

Digitized by Google

dem eines persönlichen Vorkaufsrechts, richtet sich also auf bevorzugten Erwerb der Sache im Falle des Verkaufes. Gleich dem persönlichen Vorkaufsrecht wird das dingliche Vorkaufsrecht nicht bei jeder Veräufserung, sondern nur bei einem Verkaufe wirksam[20], erstreckt sich im Zweifel nicht auf den Kindeskauf[21] und ist beim Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen[22]. Doch kann es zum Unterschiede vom persönlichen Vorkaufsrecht bei einem freihändigen Verkaufe durch den Konkursverwalter ausgeübt werden[23]. Immer gewährt es nur die Befugnis zum Erwerbe der Sache mittels Eintrittes in den zwischen dem Eigentümer und einem Anderen geschlossenen Kaufvertrag, dessen Bedingungen freier Vereinbarung unterliegen[24]. Eine Erweiterung seines Inhaltes über den gesetzlichen Rahmen des Vorkaufsrechtes ist unzulässig[25]. Während aber das persönliche Vorkaufsrecht sich in einem Forderungsrecht gegen den persönlich verpflichteten Verkäufer erschöpft, begründet das dingliche Vorkaufsrecht eine dingliche Schuld des jeweiligen Eigentümers auf Verschaffung des Vorkaufs und eine dingliche Erwerbsmacht gegen Jedermann[26].

---

[20] Oben § 152 S. 777 ff. Anm. 48—53; über Kauf mit verabredeten Nebenleistungen (§ 507) Anm. 60, über Mengekauf (§ 508) Anm. 61—64. — Zweifellos ist das Vorkaufsrecht auch beim Verkaufe eines Teils der belasteten Sache ausübbar; Motive II 346, Immerwahr S. 312 ff. So auch nach preuß. R.; Dernburg. Preuß. P.R. § 381 Anm. 5, Eccius § 189 Anm. 31; a. M. O.Trib. Entsch. LV 58, Strieth. I 273. Ebenso nach Sächs. Gb. § 1120, das überdies ein Widerspruchsrecht gegen Teilveräußerung gibt.

[21] B.G.B. § 1098 mit § 511; oben § 152 S. 777 Anm. 49. Es kann aber anders bedungen sein.

[22] B.G.B. § 1098 mit § 512; oben § 152 S. 778 Anm. 54.

[23] B.G.B. § 1098 Abs. 1 S. 2; Immerwahr S. 299 ff.

[24] B.G.B. mit § 508 Abs. 2. Ein dingliches Vorkaufsrecht zu einem vorausbestimmten Preise oder sonstigen festen Kaufbedingungen ist unzulässig; Endemann S. 434, Kober zu § 1098 Anm. 1 b, Rspr. d. O.L.G. IV 69.

[25] Insofern sind auch die nachgiebigen Bestimmungen der in § 1098 Abs. 1 angezogenen §§ 504—514 zwingende Schranken für die dingliche Belastung. Entw. I § 959 wollte dies ausdrücklich bestimmen, es gilt aber trotz der Streichung; Protok. III 765. Doch darf man dies nicht mit Immerwahr S. 290 ff. u. Meisner S. 200 Bem. 1 a auf die ausdrücklich im Rahmen des gesetzlichen Typus zugelassenen Vereinbarungen von Abweichungen beziehen; vgl. oben Anm. 18 u. 21.

[26] B.G.B. § 1094 Abs. 1. Mit der dinglichen Schuld kann sich eine persönliche Verpflichtung des Bestellers verbinden, die z. B. hinsichtlich der Haftung für Schadenersatz aus Nichterfüllung Bedeutung gewinnt; Immerwahr S. 285 ff. Allein ein persönliches Schuldverhältnis ist keineswegs, wie Cosack § 248 I 1 b, Immerwahr a. a. O. u. S. 305 ff., Biermann zu § 1097

Digitized by Google

Doch ist auch das dingliche Vorkaufsrecht nach der gesetzlichen Regel auf den ersten Verkaufsfall beschränkt und erlischt daher, wenn es bei der Veräufserung durch den Eigentümer der Bestellungszeit oder dessen Erben nicht ausgeübt wird oder, weil kein zum Vorkauf berechtigender Verkauf vorliegt, nicht ausgeübt werden kann[27]. Allein das dingliche Vorkaufsrecht kann für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt werden, so dafs es als dauernde Beschränkung des Eigentums jeden künftigen Eigentümer bindet und weder durch Nichtausübung in einzelnen Verkaufsfällen noch durch vorkaufsfreie Zwischenveräufserungen erlischt[28].

Die Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts ist zulässig, sobald der Eigentümer einen die Ausübungsbefugnis auslösenden Kaufvertrag über die belastete Sache mit einem Dritten geschlossen hat[29]. Sie erfolgt durch formfreie Erklärung gegenüber dem verkaufenden Eigentümer[30]. Eine Verpflichtung, die Sache vor dem Verkaufe an einen Dritten dem Vorkaufsberechtigten zum Kauf

---

Bem. 2, Landsberg § 199 Anm. 2 u. A. annehmen, notwendig und entsteht nicht ohne weiteres für den Sondernachfolger in das Eigentum. Die in § 1108 für die Reallast ausgesprochene Regel gilt hier nicht. Vielmehr lastet die Vorverkaufsverpflichtung auf dem Grundstück nach Art einer Reallast mit ausgeschlossener persönlicher Verpflichtung.

[27] B.G.B. § 1097. Das Erlöschen tritt sogar bei einem Verkauf an den gesetzlichen Erben ein, falls nicht entweder für diesen Fall die Ausübung vorbehalten oder das Vorkaufsrecht auf mehrere Fälle erstreckt ist; a. M. Biermann Bem. 1, Fuchs Bem. 2, Kober Bem. 1a; vgl. aber Planck zu § 511 Bem. 2 h, Fischer-Henle u. Neumann zu § 1097. Das normale dingliche Vorkaufsrecht des B.G.B. hat daher geringen Wert.

[28] B.G.B. § 1097. Nach Preufs. L.R. I, 20 § 958 ist dies die Regel. — Die Erstreckung ist eintragungsbedürftig.

[29] B.G.B. § 1098 u. 504. Ist der Kaufvertrag nichtig oder wird er durch Anfechtung nichtig, so fällt die Ausübungsbefugnis weg. Dagegen wird das einmal entstandene Ausübungsrecht nicht durch einen für den Fall der Ausübung vorbehaltenen Rücktritt oder die für diesen Fall bedungene Hinfälligkeit des Verkaufes vereitelt; § 506. Dies geht insoweit, als es die Rückgängigmachung vor erfolgter Erklärung des Berechtigten ausschliefst, über das bisherige Recht hinaus; oben § 152 S. 773 Anm. 33.

[30] B.G.B. § 1098 u. 505 Abs. 1. Und zwar im Gegensatz zum bisherigen Recht (oben § 152 S. 780 Anm. 66) auch dann, wenn bereits die Übereignung an den Käufer stattgefunden hat. In diesem Falle ist der Verkäufer verpflichtet, den neuen Eigentümer zu benachrichtigen; ebenso schuldet er diesem Nachricht, wenn die Ausübung (durch Fristablauf oder Verzicht) ausgeschlossen ist: § 1099 Abs. 2.

Digitized by Google

anzubieten, ist dem Eigentümer nicht auferlegt[31]. Auch erzeugt ein solches Angebot, falls es erfolgt, für den Berechtigten keine Erklärungspflicht[32]. Wohl aber ist der Eigentümer verpflichtet, den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages unverzüglich dem Vorkaufsberechtigten mitzuteilen[33]. Und nach dem Empfange dieser Mitteilung oder einer sie ersetzenden Mitteilung, die vom Käufer und nach vollzogener Übereignung auch vom nunmehrigen Eigentümer ausgehen kann, läuft für die Ausübung des Vorkaufsrechts eine Ausschlufsfrist von zwei Monaten oder der etwa vereinbarten kürzeren oder längeren Zeitdauer[34]. Unterbleibt die Mitteilung, so ist die Ausübung an keine Frist gebunden[35].

Die Wirkung der Ausübung besteht zunächst wie beim persönlichen Vorkaufsrecht darin, dafs der Kauf zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem verpflichteten Eigentümer unter den mit dem Dritten vereinbarten Bestimmungen zu stande kommt[36]. Zugleich aber entfaltet sich nunmehr die näherrechtliche Kraft des hieraus entspringenden Erwerbsanspruches. Das B.G.B. bestimmt, dafs Dritten gegenüber das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechts entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums hat[37]. Demgemäfs ist jede über das Grundstück getroffene Verfügung insoweit unwirksam, als sie diesen Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Wenn daher der verpflichtete Eigentümer das belastete Grundstück bereits dem Käufer übereignet hat, so

---

[31] Immerwahr S. 317 ff.; Protok. II 95 ff. Dies weicht vom älteren deutschen Recht und vom Öst. Gb. § 1072 ab, stimmt aber mit dem preuſs. u. sächs. R. (oben § 152 S. 774 Anm. 38) überein.

[32] Ablehnung, Schweigen, Zustimmung zum Verkauf kommen also nur in Betracht, wenn sie als Verzicht auf die Ausübung zu deuten sind; oben § 152 S. 776 Anm. 45—46.

[33] B.G.B. § 1098 u. 510 Abs. 3. Versäumnis verpflichtet zu Schadenersatz, jedoch, soweit keine persönliche Verpflichtung besteht, nur mit dinglicher Haftung (nach der Übereignung im Falle einer Teilveräuſserung mit dem Restgrundstück).

[34] B.G.B. § 1098, 1099 Abs. 1, 510. Unrichtig meint Meisner S. 201, eine Verlängerung der Frist sei hier unzulässig. Die Vereinbarung einer von der gesetzlichen Regel abweichenden Frist ist aber eintragungsbedürftig.

[35] Auch eine Verjährung findet im Gegensatz zum bisherigen Recht nicht statt; Prot. II 112, Planck Bem. 2a zu § 510, Immerwahr S. 324, Dernburg § 196 IV c.

[36] B.G.B. § 1098 Abs. 1 u. § 505 Abs. 2.

[37] B.G.B. § 1098 Abs. 2.

Digitized by Google

wird diese Übereignung und jede spätere Übereignung durch die Ausübung des Vorkaufsrechts hinfällig. Folgeweise geht auch in diesem Falle der Anspruch des Vorkaufsberechtigten auf Übertragung des Eigentums gegen den Vorkaufspflichtigen, der zum Vollzuge der Auflassung befugt wie verpflichtet ist[38]. Allein der Vorkaufsberechtigte hat zugleich gegen jeden neuen Eigentümer einen dinglichen Anspruch auf die erforderliche Mitwirkung zur Eigentumsübertragung durch Zustimmung zur Eintragung und auf Herausgabe der Sache. Ebenso wird jede andere vom vorkaufspflichtigen Eigentümer oder einem späteren Eigentümer über das Grundstück getroffene Verfügung insoweit hinfällig, als sie den Anspruch des Vorkaufsberechtigten beeinträchtigen würde, das Grundstück so zu erwerben, wie es verkauft ist. Der Vorkaufsberechtigte hat gegen jeden Dritten, der aus einer solchen Verfügung ein Recht erworben hat, einen dinglichen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung dieses Rechts und auf Beseitigung des das Vorkaufsrecht beeinträchtigenden Zustandes[39]. Keineswegs dagegen werden von der Ausübung des Vorkaufsrechts Belastungen berührt, die vor dem Abschlufs des Kaufvertrages auf das Grundstück gelegt waren[40]. Auch die Verpflichtungen, die für den Vorkaufsberechtigten als nunmehrigen Käufer durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes entstehen, treten an sich gegenüber dem verkaufenden Eigentümer ein. Allein wenn das Eigentum

---

[38] Dernburg a. a. O. S. 96, Fuchs zu § 1098 Bem. 4 a, Planck Bem. 3 b, Kober Bem. 2 a. A. M. Endemann S. 435. Unbestimmt Immerwahr S. 308 ff. Hierin liegt eine Neuerung gegenüber allem bisherigen Recht.

[39] Daher z. B. auch einen Herausgabeanspruch gegen den, der auf Grund eines vom Käufer bestellten Niefsbrauchs den Besitz erlangt hat; einen Anspruch auf Wegschaffung einer Anlage, die sich auf ein vom Erwerber eingeräumtes Erbbaurecht stützt; usw.

[40] Dies behauptet Immerwahr S. 327 ff., obschon er zugibt, dafs eine solche Sperre weder vom Gesetzgeber gewollt noch praktisch erträglich ist. Ebenso Fuchs zu § 1098 Bem. 4 b, Biermann Bem. 2, Landsberg § 199 I 3 a. Offenbar aber entspricht auch dem Wortlaute des § 1098 Abs. 2 nur eine Sicherung des Erwerbsanspruches in der konkreten Gestalt, in der er durch den Verkauf entstanden ist. Richtig Cosack § 248 III 4, Planck Bem. 3 b, Kober Bem. 2 c. Ebenso Dernburg S. 96 u. H. Lehmann S. 244, die jedoch unrichtig erst den Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts entscheiden lassen. Wenn nach dem Verkaufe der Verkäufer oder der neue Eigentümer das Grundstück belastet, ehe der Vorkaufsberechtigte die Ausübung erklärt hat, ist die Belastung, die ja im Kaufpreise nicht zum Ausdruck kommt, nach § 1098 Abs. 2 unwirksam. Anders freilich nach bisherigem Recht; vgl. oben § 152 S. 781 Anm. 73.

Digitized by Google

bereits auf den Käufer übertragen war und ihm oder seinem Rechtsnachfolger durch die Ausübung des Vorkaufsrechts verloren geht, wird auch die Kaufpreisschuld in die dingliche Wirksamkeit des Vorkaufsrechts verstrickt. Insoweit freilich der Kaufpreis noch nicht berichtigt ist, wird der Käufer von der Kaufpreisschuld befreit und der Vorkäufer nur dem Verkäufer verpflichtet. Insoweit dagegen der Kaufpreis schon berichtigt ist, hat der Vorkäufer ihn dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolger zu erstatten, während er von der Verpflichtung gegen den Verkäufer befreit wird und der Käufer kein Rückforderungsrecht gegen den Verkäufer hat. Behufs Geltendmachung seines Erstattungsanspruches kann der Käufer oder dessen Rechtsnachfolger die Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigentümer und die Herausgabe des Grundstücks bis zu seiner Befriedigung verweigern. Nach erfolgter Eintragung kann er die Erstattung gegen Herausgabe des Grundstücks vom Berechtigten fordern[41]. Von selbst ergibt sich hiernach, dafs ein späterer Erwerber immer nur den vom ersten Käufer bezahlten Kaufpreis, diesen aber auch dann verlangen kann, wenn er das Grundstück für einen geringeren Preis oder unentgeltlich erworben hat[42].

Beendigt wird das dingliche Vorkaufsrecht aus den allgemeinen Beendigungsgründen der Rechte an Grundstücken[43], zu denen beim Personalvorkaufsrecht wie bei personalen Reallastberechtigungen der Ausschlufs des unbekannten Berechtigten im Wege des Aufgebotsverfahrens hinzutritt[44], und aus den besonderen Beendigungsgründen, die sich aus der gesetzlichen oder vereinbarten

---

[41] B.G.B. § 1100—1102. Natürlich kann er auch Erstattung fordern, wenn er den Besitz noch nicht erlangt oder das Grundstück schon herausgegeben hat. — Hinsichtlich des Anspruches auf Ersatz von Verwendungen und der Haftung aus Verschlechterungen sind die Regeln über die Auseinandersetzung zwischen Eigentümer und Besitzer mit der Mafsgabe anzuwenden, dafs an Stelle des Zeitpunkts der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches hier der Zeitpunkt der Ausübungserklärung tritt; B.G.B. § 292, Planck zu § 1100 Bem. 4, Neumann Bem. 4, Immerwahr S. 337. A M. Turnau-Förster u. Biermann zu § 1100.

[42] Übereinstimmend mit dem bisherigen gemeinen, abweichend vom preufs. R.; oben § 152 S. 780 Anm. 68.

[43] Rechtsgeschäftliche Aufhebung durch dinglichen Verzicht und Löschung; Zuschlag, wenn das Recht nicht nach den Versteigerungsbedingungen fortbestehen soll, vgl. R.Ger. IV Nr. 65; Enteignung. Nicht dagegen Vereinigung, nicht Verjährung.

[44] B.G.B. § 1003.

Digitized by Google

Beschränktheit des Vorkaufsrechtes ergeben[45]. Auch wird jedes Vorkaufsrecht durch seine Ausübung aufgezehrt[46].

Das dingliche Vorkaufsrecht des B.G.B. ist der mannigfachsten Verwendung fähig. Es kann insbesondere benutzt werden, um auf rechtsgeschäftlichem Wege eine ähnliche Gebundenheit des Grundbesitzes herzustellen, wie sie die gesetzlichen Näherrechte begründeten. So läfst sich ein Familiengut schaffen, an dem vererbliche Vorkaufsrechte der Familienglieder nach Art der Erblosung bestehen. So kann im Sinne der herrschaftlichen Näherrechte mit dem Obereigentum ein Vorkaufsrecht am Untereigentum, mit dem Eigentum ein Vorkaufsrecht am Erbbaurecht verbunden, aber auch bei Hingabe von Siedlungsgütern oder Heimstätten zu Eigentum für den jeweiligen Eigentümer des Stammguts oder für die austuende Gemeinde oder Genossenschaft ein ewiges Vorkaufsrecht ausbedungen werden. So ist umgekehrt die Verknüpfung eines Vorkaufsrechtes am Grundstück mit dem Untereigentum oder dem Erbbaurecht, nicht minder aber die Einräumung des Vorkaufsrechtes an einen Mieter oder Pächter möglich. So können auch unter Genossen beständige gegenseitige Vorkaufsrechte, z. B. in einer Siedlungsgenossenschaft als mit den einzelnen Gütern verbundene Realrechte, nach Art der Marklosung begründet werden. So läfst sich ferner bei allem Miteigentum an Grund und Boden ein der Ganerbenlosung entsprechendes gegenseitiges Vorkaufsrecht an den Miteigentumsanteilen herstellen[47]. So ist endlich auch die Bestellung gegenseitiger Vorkaufsrechte zugunsten von Nachbarn oder von Eigentümern der Teilstücke eines gespaltenen Gutes nach Art der Nachbarlosung oder des Gespilderechts denkbar.

III. Vorkaufsrecht zu festem Preise. Ein Vorkaufsrecht zu festem Preise kann nach dem B.G.B. nicht als dingliches

---

[45] Jedes Vorkaufsrecht erlischt nach der gesetzlichen Regel, wenn die erste Veräufserung keinen Vorkaufsfall bildet oder beim ersten Vorkaufsfall die Ausübung unterbleibt. Das für eine begrenzte Zahl von Verkaufsfällen bestellte Vorkaufsrecht erlischt durch Nichtausübung in diesen Fällen. Ein befristetes Vorkaufsrecht erlischt durch Zeitablauf. Das nicht befristete Personalvorkaufsrecht erlischt mangels anderer Bestimmung durch Tod des Berechtigten oder Wegfall der berechtigten juristischen Person oder Personeneinheit.

[46] R.Ger. IV 234; Immerwahr S. 339 ff. Das Vorkaufsrecht wird hier nicht etwa durch B.G.B. § 889 geschützt. Es hat sein Ziel, den Eigentumserwerb, erreicht. Die Ausübung ist notwendig Verbrauch.

[47] B.G.B. § 1095 mit § 1009; oben § 122 S. 386 Anm. 46.

Digitized by Google

Recht begründet werden[48]. Doch bestehen ältere dingliche Rechte mit diesem Inhalte fort[49].

IV. Wiederkaufsrecht. Die Begründung eines dinglichen Wiederkaufsrechts durch Vorbehalt für den Veräufserer war im mittelalterlichen Liegenschaftsverkehr durchaus zulässig und sehr gebräuchlich[50]. Auch die neuere Gesetzgebung liefs die Begründung dinglicher Wiederkaufsrechte durch Bucheintrag zu[51]. Nach dem B.G.B. kann ein Wiederkaufsrecht nicht als dingliches Recht bestellt werden[52]. Doch bestehen die unter der Herrschaft des früheren Rechts entstandenen dinglichen Wiederkaufsrechte mit ihrem bisherigen Inhalt fort[53]. Aufserdem kann das Landesrecht auf einem ihm vorbehaltenen Gebiet auch die Neubegründung dinglicher Wiederkaufsrechte zulassen[54]. In Preufsen ist die Belastung eines Rentenguts mit einem Wiederkaufsrecht möglich[55]. Das dingliche Wiederkaufsrecht am Rentengut kann als Personalrecht zugunsten des Veräufserers oder als Realrecht für ein Grundstück

---

[48] Oben Anm. 24. Doch steht nichts im Wege, ein persönliches Vorkaufsrecht zu festem Preise durch Eintragung einer Vormerkung dinglich zu sichern; vgl. oben § 119 S. 335 Anm. 137,

[49] So auf Grund des Preufs. L.R. I, 20 § 568 u. 605 und des Sächs. Gb. § 1123. Besondere Bestimmungen über die Ausübung bei der Zwangsversteigerung in den A.G. zum Zw.V.G. für Sachsen § 10—21, Altenburg § 18, Reufs ä. L. § 11.

[50] Platner, Z. f. R.G. IV 123 ff.; Laband, Vermögensr. Kl. S. 268 ff. — Über die Verwendung zu Pfandzwecken vgl. unten § 155 S. 812 Anm. 13.

[51] So Preufs. L.R. I, 11 § 296—320 mit § 265; vgl. über die Vererblichkeit R.Ger. X Nr. 59. Österr. Gb. § 1070 (immer unvererblich und unübertragbar). Sächs. Gb. § 1134. Bayr. Hyp.Ges. § 5; vgl. Regelsberger S. 43 ff. u. 243.

[52] Wohl aber kann ein persönliches Wiederkaufsrecht durch Eintragung einer Vormerkung dinglich gesichert werden; oben § 119 S. 335 Anm. 137, Dernburg, B.R. II, 2 S. 102 ff. Damit wird nicht nur der Anspruch auf Eigentumsübertragung, sondern auch der Anspruch auf Beseitigung aller nach der Eintragung entstandenen Belastungen (B.G.B. § 499) dinglich gesichert. Doch kann niemals eine dingliche Schuld des jeweiligen Eigentümers begründet, sondern immer nur die persönliche Verpflichtung des Käufers verstärkt werden.

[53] Über die Ausübung bei der Zwangsversteigerung vgl. A.G. z. Zw.V.G. f. Sachsen § 22, Altenb. § 18, Reufs ä. L. § 11. Vgl. auch Reufs ä. L. A.G. z. Grdb.O. § 14.

[54] Auch gesetzlicher Wiederkaufsrechte, wie sie zugunsten des Enteigneten vorkommen; oben § 128 S. 107.

[55] Preufs. A.G. z. B.G.B. Art. 29; Stranz u. Gerhard S. 199 ff., Dernburg, B.R. II, 2 S. 103.

Digitized by Google

des Veräufserers bestellt werden[56]. Zum Unterschiede vom dinglichen Vorkaufsrecht ist es mangels anderer Bestimmung vererblich und gegenüber jedem künftigen Eigentümer wirksam. Doch kann es nicht als beliebig auszuübendes Recht begründet werden, beschränkt sich vielmehr nach der gesetzlichen Regel auf die Fälle des Verkaufes oder eines sonstigen Veräufserungsvertrages oder der Veräufserung im Wege der Zwangsversteigerung und darf durch Vereinbarung nur auf die Fälle des Todes des Eigentümers oder der Nichterfüllung einer im Rentengutsvertrage festgesetzten Verpflichtung erstreckt werden[57]. Die Ausübung des Wiederkaufsrechts erfolgt durch formfreie Erklärung gegenüber dem zum Wiederverkauf verpflichteten Eigentümer innerhalb einer seit Erlangung der Kenntnis vom Wiederkaufsfall laufenden Ausschlufsfrist, die nach der gesetzlichen Regel drei Monate beträgt, aber kürzer oder länger bestimmt sein kann[58]. Mit der Ausübung kommt der Wiederkauf zustande[59]. Der Anspruch des Berechtigten auf Übertragung des Eigentums ist in gleicher Weise wie beim Vorkaufsrecht gegen Dritte wirksam, reicht aber weiter, indem hier jede ohne seine Zustimmung über das Rentengut getroffene Verfügung unwirksam wird[60]. Gelangt das Rentengut in das Eigentum eines Dritten, so gelten hinsichtlich der Zahlung des

[56] Art. 29 § 1. Wie beim Vorkaufsrecht des B.G.B. ist die Verwandlung eines Rechts der einen Art in eines der anderen Art ausgeschlossen; § 10. Auch hier ist ein Bruchteil nur, wenn er Miteigentumsanteil ist, belastbar, § 2. Auch dieses Recht erstreckt sich auf das bei der Ausübung vorhandene Zubehör; § 4. Auch hier ist Ausschliefsung des unbekannten Berechtigten gemäfs B.G.B. § 1104 möglich; § 11.

[57] Art. 29 § 3; vgl. Stranz u. Gerhard S. 201. Einschränkungen (z. B. durch Befristung, Beschränkung auf eine begrenzte Zahl von Fällen oder die Verletzung bestimmter Verpflichtungen) sind zulässig, Erweiterungen unzulässig.

[58] Art. 29 § 5—6 mit B.G.B. § 497 Abs. 1. Ausübung durch mehrere Mitberechtigte wie beim Vorkaufsrecht gemäfs B.G.B. § 502.

[59] Zu welchem Preise, ist gesetzlich nicht bestimmt; B.G.B. § 497 Abs. 2 ist unanwendbar; mangels Festsetzung wird daher der angemessene Preis zu zahlen sein. Hinsichtlich der Haftung des Eigentümers für Verschlechterungen und seiner Ansprüche wegen Verwendungen gelten die § 498—500 des B.G.B. Ist als Wiederkaufspreis der Schätzungswert bestimmt, so gilt B.G.B. § 501.

[60] Art. 29 § 5 Abs. 2 mit B.G.B. § 499. Auch eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter. Hier erlöschen daher durch die Ausübungserklärung alle ohne Zustimmung des Berechtigten auf das Grundstück gelegten Belastungen.

Digitized by Google

Wiederkaufspreises zugunsten des Dritten ähnliche Regeln, wie beim dinglichen Vorkaufsrechte hinsichtlich der Zahlung des Kaufpreises[61].

Sechster Titel.

Das Grundpfandrecht.

§ 155. Das Grundpfandrecht im älteren deutschen Recht[1].

I. Pfandrecht überhaupt. Der Begriff des Pfandrechtes als eines besonderen dinglichen Rechts hat sich im deutschen Recht frühzeitig vom Begriff des Eigentums abgezweigt. Ursprünglich war wohl allgemein, wenn an einer Sache eine dem Zwecke der Sicherung einer Schuld dienende Gewere begründet wurde, das in solcher Gewere erscheinende Recht als ein dem Sicherungszweck

---

[61] Die §§ 7—9 des Art. 29 entsprechen den §§ 1100—1102 des B.G.B. Der Erstattungsanspruch des Eigentümers gegen den Wiederkäufer geht hier auf das von ihm oder seinem Rechtsvorgänger für den Erwerb des Rentenguts Aufgewandte bis zur Höhe des Wiederkaufspreises; mit dem Verluste des Eigentums wird er von der noch geschuldeten Gegenleistung frei, kann aber das schon Geleistete insoweit herausfordern, als es durch den an ihn gezahlten Wiederkaufspreis nicht gedeckt ist.

[1] Albrecht, Gewere S. 130 ff. v. Madai, Z. f. D.R. VIII 284 ff. Budde, ebenda IX 141 ff. v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht, Marburg 1867; dazu Stobbe, Krit. V.Schr. IX 285 ff. Sohm, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. V 1 ff. Franken, Geschichte des französischen Pfandrechts, I, 1, Berlin 1879; dazu Heusler, Z. f. d. g. H.R. XXV 411 ff. Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, Würzburg 1882. F. Weber, Deutsches Hypothekenrecht, Abt. I, Nördlingen 1887. v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, Jena 1899. A. Egger, Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht, Unters. z. D. St. u. R.Gesch. LXIX, Breslau 1903. — Brunner, Z. f. H.R. XXII 542 ff. (Forschungen S. 620 ff.); Zur Rechtsgesch. der Urk. I 195 ff.; Grundzüge § 51. Schröder, Z. f. R.G. XIX 200 ff.; R.G. S. 288 ff., 724 ff. Heusler, Inst. II § 101 ff. Puntschart, Schuldvertrag u. Treugelöbnis, Leipzig 1896, S. 232 ff. Beseler, D.P.R. § 101. Stobbe II § 106 ff., Stobbe-Lehmann II, 2 § 144 ff. Kraut, Grundriß § 102. — Baumeister, Hamb. P.R. I 169 ff. Pauli, Abhandl. aus dem lüb. R. IV 129 ff.; Rehme, Das Lübecker Oberstadtbuch S. 77 ff., 121 ff. Fabricius, Das älteste Stralsunder Stadtbuch S. 270 ff. Höpken, Das Bremische Pfandrecht an liegendem Gut, Brem. Jahrb. VII (1874) S. 68 ff. — Warnkönig, Flandrische Rechtsgesch. III 85 ff. — Huber, Schweiz. P.R. IV 785 ff. A. v. Planta, Beitrag zur Kenntnis der deutsch-schweizerischen Hypothekarrechte, Zürich 1883. A. Hofstetter in der oben § 151 Anm. 1 angef. Schrift. O. Sidler in der ebenda angef. Schrift. H. Stadlin, Das Zugerische Hypothekarrecht, Zürich 1897. — v. Amira, Nordgerm. O.R. I 193 ff., II 223 ff.

Digitized by Google

gemäſs gebundenes Eigentum aufgefaſst worden. Schon in den Volksrechten aber stellt sich im Fahrnisrecht sowohl das durch Pfandsetzung (Hingabe als wadium), wie das durch Pfandnahme (Wegnahme als pant) erlangte Recht als ein vom Eigentum verschiedenes Sachhaftungsrecht dar. Allmählich schälte sich auch im Liegenschaftsrecht die bloſse Pfandsetzung (Satzung) von der bedingten Übereignung los.

Der Begriff des Pfandrechts entstand als ein in seinem Kern einheitlicher Rechtsbegriff[2]. Dies zeigt sich in der Terminologie: das Liegenschaftspfand wurde gleich dem Fahrnispfand wadium (wette), weddeschat, pignus und später pand (phand) genannt[3]; die Verpfändung unbeweglicher wie beweglicher Sachen wurde als Setzen (Einsetzen, Aussetzen, Versetzen) für eine Schuld bezeichnet[4]. Ebenso aber ist der wesentliche Inhalt des Herrschaftsrechtes an der Sache, das dem Pfandgläubiger zusteht, stets derselbe: er kann sich wegen der Schuld an die Sache halten, weil diese kraft dinglicher Gebundenheit (Verstrickung, obligatio) für die Schuld steht (einsteht), bis sie durch Erfüllung der Schuld, die deshalb Lösung (Wiederlösung, Einlösung) heiſst, befreit (erlöst) wird[5].

Das Pfandrecht ist also Haftungsrecht. Es ist aber zum Unterschiede von anderen germanischen Haftungsrechten dingliches, in einer Gewere erscheinendes Haftungsrecht. Haftung für Schuld kann auch als Haftung mit der Person oder als Haftung mit dem

---

[2] Heusler, Inst. II 129 u. 201; v. Amira, Recht S. 132; Lehmann b. Stobbe II § 144 Anm. 2 u. 8; vgl. auch Franken S. 14. A. M. Meibom S. 16 ff., 31, 460 ff., Stobbe II 293.

[3] Der Ausdruck wadium (goth. vadi, ahd. weti, angelsächs. wed, altnord. ved, davon das roman. gage usw.), ursprünglich der einzige Name für das gesetzte Pfand, wurde stets auf unbewegliche wie bewegliche Sachen angewandt. Daſs weddeschat sowohl liegendes Gut wie Fahrnis sein kann, sagt ausdrücklich das alte Lüb. R. b. Hach II 146. Pant hieß ursprünglich nur das genommene Pfand, seit der Ausdehnung aber des Namens auf das gesetzte Pfand auch das verpfändete Grundstück. Das Wort pignus begegnet schon in den Volksrechten sowohl für das genommene Pfand (oben Bd. I 339 Anm. 15–17 u. 341 Anm. 29), wie für das gesetzte Pfand (L. Alam. 86, 2, Ed. Liutpr. c. 10); vgl. bes. L. Fris. add. sap. 8 § 1—2.

[4] Vgl. Sachsensp. I Art. 8 § 1 mit Art. 60 § 1 u. III Art. 5 § 4; Heusler II 205. Ebenso im nord. R.; v. Amira I 194 ff., II 223 ff.

[5] Diesen Inhalt des germanischen Pfandrechtsbegriffes hat zuerst v. Amira im Anschluß an die Aufdeckung des scharfen Gegensatzes zwischen Schuld und Haftung für das nord. R. klargestellt. Für das sächs. R. hat ihn Puntschart, für das französ. Egger nachgewiesen.

Digitized by Google

Vermögen begründet sein[6]. Allein die persönliche Haftung als solche verstrickt nur die Freiheit der Person und gewährt an sich kein Zugriffsrecht auf Sachen[7]. Die Vermögenshaftung aber gibt zwar ein Zugriffsrecht auf Sachen, jedoch kein dingliches Recht; sie erzeugt kein Pfandrecht, sondern ein Pfändungsrecht, durch dessen Ausübung erst ein Pfandrecht entsteht[8]. Neben der pfandrechtlichen Sachhaftung war eine Haftung mit der Person oder mit dem übrigen Vermögen keineswegs erforderlich; ja ursprünglich wurde durch Pfandsetzung stets eine reine Sachhaftung begründet, die jede weitere Haftung für die Schuld ausschlofs[9]. Später wurde die Verbindung einer weiteren Haftung mit der Pfandhaftung zulässig, bedurfte jedoch immer besonderer Begründung[10].

Trotz des gemeinsamen Ausgangspunktes wurden Liegenschafts- und Fahrnispfandrecht alsbald durch Geist und Bau des deutschen Sachenrechts auf verschiedene Wege gedrängt und entwickelten sich zu ungleichartigen Rechtsinstituten, von denen wir hier das Grundpfandrecht zu verfolgen haben.

---

[6] Von dem Verhältnis zwischen Schuld und Haftung, von den verschiedenen Haftungsarten und von deren Begründung kann erst im Recht der Schuldverhältnisse gehandelt werden. Hier sei nur bemerkt, dafs persönliche Haftung und Vermögenshaftung ursprünglich keineswegs zusammenfielen. Dies hat gegenüber Puntschart, der die Einsetzung der Person für eine Schuld von vornherein zugleich als Haftbarmachung des ganzen Vermögens auffafst, Egger gezeigt.

[7] Die vertragsmäfsige Einsetzung der Person für eine Schuld, ursprünglich durch Selbsthingabe als Geisel, dann aber auch durch blofses Versprechen, sich im Falle der Nichterfüllung als Geisel zu stellen, vollzogen, richtet sich von Hause aus nur auf den Körper; Egger S. 52 ff., 419 ff., 459 ff. Das Vermögen ergreift sie nicht: Egger S. 125 ff., 431, 459 ff. — Die das System der vertragsmäfsigen Haftungsbegründung ergänzende deliktische Haftung unterwirft zunächst nur die Person dem Ungehorsamsverfahren und ermöglicht erst als Folge der Friedloslegung eine Vollstreckung in das Vermögen; v. Amira I 144 ff., Brunner, R.G. II 452 ff., Egger S. 408 ff., 421 ff., 436 ff.

[8] Vgl. Egger S. 134 ff., 399 ff., 413, 421, 470 ff. Als Haftbarmachung der gesamten Fahrnis scheint die Hingabe eines Scheinpfandes beim Wettvertrage gewirkt zu haben; Egger S. 389 ff. Auf Grundstücke erstreckte sich ursprünglich die Vermögenshaftung nicht; Egger S. 100 ff., 157 ff., 416 ff. Später wurde die vertragsmäfsige Obligierung des ganzen Vermögens einschliefslich der Liegenschaften möglich. Inwieweit sich daraus ein Pfandrecht am ganzen Vermögen entwickelt hat, ist unten (S. 824—825) zu besprechen. — Persönliche Haftung folgt aus der Vermögenshaftung als solcher nicht; Egger S. 398 ff., 418 ff.

[9] Puntschart S. 232 ff., 274 ff.; v. Schwind S. 16 ff.; für das nord. R. v. Amira I 206 ff., II 226; für das altfranzös. Egger S. 45.

[10] Vgl. über das „Geloben zum Pfande" Puntschart S. 463 ff.

Digitized by Google

II. Ältere Satzung. Die Verpfändung einer Liegenschaft wurde zuerst in der Form der Hingabe zu Besitz- und Nutzungsrecht als ein begrenztes dingliches Recht ausgestaltet, das man deshalb „ältere Satzung" nennt.

Die ältere Satzung ist aus einer Abschwächung der durch Schuldtilgung auflösend bedingten Übereignung hervorgegangen[11]. Schon in fränkischer Zeit begann und in den folgenden Jahrhunderten vollendete sich ihre Ausbildung zu einem besonderen Rechtsgeschäft, bei dem der Schuldner das Eigentum behält und nur ein Pfandrecht überträgt[12]. Die auflösend bedingte Übereignung zur Sicherung einer Schuld blieb daneben in Übung oder ging in die sehr verbreitete Form des Verkaufes mit Vorbehalt des Wiederkaufes über[13]. Allein die Satzung wurde von solchen ihr wirtschaftlich verwandten Rechtsgeschäften scharf unterschieden[14]. Ebenso kam im Lehnrecht neben der Belehnung mit

---

[11] Über diese vgl. Brunner, Z. f. H.R. XXII 546 ff., Urk. I 193 ff.; dazu Franken S. 170 ff. u. Egger S. 315 ff. über das französ. „nantissement" in seiner älteren Gestalt.

[12] Ital. Beispiele seit dem 8., fränkische seit dem 9. Jahrh. b. Kohler S. 84 ff. u. 90 ff.; alamann. Urk. v. 862 b. Lörsch u. Schröder Nr. 63; v. Schwind S. 12. — Im französ. R. entspricht das „engagement"; Franken S. 98 ff.

[13] Platner a. a. O. (oben § 154 S. 807 Anm. 50); v. Meibom S. 358 ff.; Stobbe-Lehmann § 141 I 2; Franken S. 175 ff.; v. Amira II 714 ff.

[14] Es begegnet sogar Umwandlung des einen Rechtsverhältnisses in das andere, worauf schon Riccius im Jahre 1746 hingewiesen hat; Beispiele b. Homeyer, Sachsensp. II, 2 S. 347 u. 350, v. Meibom S. 360 Anm. 312. Andere unzweideutige Belege für die grundsätzliche Unterscheidung bei v. Meibom S. 360 Anm. 311, Kohler S. 97 ff., Stobbe-Lehmann § 144 Anm. 22, Puntschart S. 269 Anm. 10. In Bremen fand die Satzung vor dem Rat, der Verkauf auf Wiederkauf vor dem Vogt statt; Höpken S. 87. Vgl. ferner Hudde a. a. O. S. 435 ff., Beseler S. 436 Anm. 7, Weber S. 77 ff., Huber IV 785; für das nord. R. v. Amira I 207 ff. — Die seit Zasius übliche Identifizierung der Satzung mit dem Kauf auf Wiederkauf (vgl. v. Meibom S. 7 ff.), schon von Schilter, Exerc. 33 § 4 u. 6, u. Riccius bekämpft, wurde von Madai a. a. O. S. 284 erneut, seither aber allgemein als irrig erkannt. Doch behandeln Heusler § 102 und Schröder, R.G. S. 288 u. 725, wieder beide Geschäfte als wesensgleich. — Unhaltbar ist auch die Auffassung v. Meiboms S. 358 ff., der zwar beide Geschäfte sondert, jedoch die „Satzung als Tauschgeschäft" im Sinne eines Verkaufes der Nutzung auf Wiederkauf konstruiert. Die häufige Bezeichnung der Einlösung als „redimere" beweist hierfür um so weniger, als sie nicht von der Nutzung, sondern von der Sache gebraucht wird. Sie bedeutet nur das Loskaufen der Sache aus ihrer Gebundenheit. Für Meibom erklärt sich Franken S. 99 ff., 200 ff. Gegen ihn

Digitized by Google

Vorbehalt des Einlösungsrechts die lehnrechtliche Satzung als besonderes Rechtsgeschäft auf[15].

Die Begründung der Satzung erfolgte durch rechtsförmliche Einräumung einer liegenschaftlichen Gewere, die als Satzungsgewere oder pfandliche Gewere sowohl von der Eigengewere wie von jeder sonstigen Sachgewere spezifisch verschieden war[16]. Regelmäfsig war die Vornahme des dinglichen Rechtsgeschäftes vor Gericht oder Rat erforderlich[17]. Eine Auflassung fand dabei nicht statt[18]. Nähere Bestimmungen über Umfang und Inhalt des Rechts trafen in freier Mannigfaltigkeit die Pfandverträge, die die Satzungsgewere ungleich bemessen, bedingen oder befristen, durch Vorbehalte einschränken oder mit Pflichten belasten konnten[19].

Der Pfandnehmer erlangt am Grundstücke ein dingliches Recht, das ihm Anspruch auf tatsächliche Sachherrschaft verschafft. Er nimmt das Gut in seine leibliche Gewere, er hat es in „Nutz und Gewere" und schaltet mit ihm als einem „brukliken pande"[20].

---

vgl. Stobbe, Krit. V.Schr. IX 291 ff., Höpken S. 84 ff., Sohm a. a. O. S. 9, Kohler S. 97 ff., Puntschart S. 259 ff.

[15] Die „Belehnung auf Treue" zur Sicherung der Schuld gibt Lehnsgewere; vgl. Sächs. Lehnr. Art. 55 § 1, Homeyer S. 343 ff. Dagegen entsteht aus der geliehenen Satzung, die im Sächs. Lehnr. Art. 55 § 8 noch verworfen wird, weil sie weder Lehen noch Satzung sei, eine lehnrechtlich ausgestaltete Satzungsgewere. Vgl. Homeyer S. 345 ff., v. Meibom S. 385 ff., Kohler S. 290 ff. Wenn v. Meibom noch weiter Pfandlehn und Lehnspfand unterscheiden will, so findet sich hierfür kein Anhalt in den Quellen; vgl. Kohler S. 293 ff.

[16] Bayr. Landfr. v. 1281 § 16 (Zöpfl, R.A. II 313): Swer stille gwer bringen wil an einem gut, der sol nennen, welich gewer er bringe, eigensgwer oder lehensgwer oder satzunggwer. Urk. v. 1382 b. Haltaus s. v. Pfandsgewaer. Oben § 113 S. 200 Anm. 56.

[17] Sachsensp. I Art. 8 § 1, Lehnr. Art. 55 § 8; Rechtsb. n. Dist. I, 46 d. 4; Bayr. L.R. Art. 32; Münch. Stadtr. Art. 205; Lüb. R. b. Hach II 24. v. Meibom S. 311 ff.; Höpken S. 75; Stobbe-Lehmann § 144 Anm. 46. An manchen Orten genügte aber aufsergerichtliche Bestellung; v. Meibom S. 321 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 47, Würzburger Urk. b. Kohler S. 321 ff., 327 ff. — Erbenlaub war erforderlich; Magd. Syst. Schöffenr. IV, 2, 47 b. Kraut § 102 Nr. 32, Heusler II 142. — Die Institute der Verschweigung und der rechten Gewere fanden Anwendung; v. Meibom S. 309 ff., Heusler II 142.

[18] Oben § 117 S. 279 Anm. 55; Heusler II 141; Stobbe-Lehmann Anm. 48; Rehme S. 121 ff. — Unrichtig v. Meibom S. 318.

[19] Kohler S 257 ff. Die Pfandgewere konnte daher auch nach Art der Leibzuchtgewere ausgestaltet werden. Beim Pfandlehen wurde sie mit Vasallenpflicht verknüpft.

[20] Urk. v. 1415 b. Kraut § 102 Nr. 9, v. 1446 ib. Nr. 39; v. Meibom S. 341 ff.

Digitized by Google

Mangels anderer Abrede bezieht er die Früchte zu eignem Vorteil als Ersatz für die dem Schuldner gewährte Nutzung des Geldes (Ewigsatzung, Pfandschaft)[21]. Dann wurde aber, falls der Wert der Früchte den angemessenen Zinssatz überstieg, sein Nutzungsrecht zugunsten des Schuldners mit einem Zins belastet[22] oder auf einen Teil der Früchte eingeschränkt[23]. Daneben kam die Satzung mit der Abrede auf, dafs die Früchte von der Schuld behufs deren allmählicher Tilgung abzurechnen seien (Todsatzung, Satzung auf Todschlag)[24].

Der Verpfänder behält das Eigentum. Er bleibt mangels anderer Vereinbarung zur Veräufserung der Sache befugt[25]. Seine Eigengewere ruht, soweit sie nicht durch Vorbehalt von Nutzungen oder Zins in Wirksamkeit erhalten wird[26]. Er kann sich aber die volle Gewere wieder verschaffen, indem er durch Zahlung der

---

[21] v. Meibom S. 399 ff.; Heusler II 143; Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 24—25 u. 37; Urk. v. 1197, 1276 u. 1314 b. Kraut Nr. 34—36. In Frankreich wurde dafür der Name „mortgage" üblich; Franken S. 7 ff., 123 ff. — Das kanonische Recht erblickte darin einen Verstofs gegen das Wucherverbot; c. 1, 2, 8 X de usuris (5, 19). Zum Teil half man sich mit der Schenkung der Nutzungen; v. Meibom S. 343. Über die Wucherfrage im französ. R. vgl. Franken S. 124 ff., 130 ff., 183 ff.

[22] Kohler S. 165 ff.; Stobbe-Lehmann Anm. 26.

[23] v. Meibom S. 345 Anm. 265; Neumann, Wucher S. 195; Kohler S. 86 ff., 103 ff.; Stobbe-Lehmann Anm. 27. Oft auch Vorbehalt einzelner Nutzungen; Urk. v. 1197 b. Kraut Nr. 34.

[24] v. Meibom S. 399 ff.; Neumann S. 184; Kohler S. 130 ff., 136; Lewis, Die Succession des Erben S. 104 Anm. 11; Heusler II 143; Stobbe-Lehmann Anm. 32; Huber IV 786 Anm. 3; Urk. v. 1333 b. Kraut Nr. 37 (alz lange, biz ich di 300 m. darabe genomen von dem nutz); Urk. b. Lörsch u. Schröder Nr. 113 u. 297; Kölner Schreinsurk. I 81, 92, 131. Allgemein geboten im Brünner Schöffenb. c. 572, Wiener Stadtr. Art. 146 u. 147 u. b. Purgoldt III, 55. — Im französ. R. heifst die Todsatzung „vifgage"; Franken S. 143 ff. — Über das nord. R. v. Amira I 202 Anm. 1, II 228 ff.

[25] Nicht selten bedingt sich der Satzungsgläubiger ein Vorkaufsrecht aus; Urk. um 1192 b. Kohler S. 299 ff.; Urk. v. 1212 b. Lörsch u. Schröder Nr 112; Kölner Schreinsurk. I 80; Pauli IV 182 Anm. 49; Rehme, Lüb. Oberstadtb. S. 147; Stralsunder Stadtb. S. 60, 122, 164.

[26] In den in Anm. 22—23 angeführten Fällen ist die Fortdauer einer sich betätigenden Eigengewere zweifellos. Ebenso beim Pfandlehen. Auch ein blofser Anerkennungszins genügt; vgl. Kohler S. 165. Im übrigen wird die Fortdauer einer Eigengewere, wie sie Albrecht S. 99 u. 144, Budde S. 434, Neumann S. 181, Beseler S. 436 u. A. annehmen, neuerdings verneint; Stobbe, Gewere S. 464 ff., v. Meibom S. 356, Huber, Gewere S. 27. Allein auch die ruhende Gewere ist noch Gewere; oben § 113 S. 201 Anm. 60. Sonst könnte der Eigentümer gar nicht veräufsern.

Digitized by Google

Schuld die Sache aus der Gebundenheit befreit[27]. Das Einlösungsrecht kann er an sich zu jeder Zeit ausüben[28]. Allein der Pfandvertrag kann das Einlösungsrecht einschränken[29]. Oft wird die Ausübung an Kündigung gebunden[30] oder aufschiebend befristet[31] oder umgekehrt von einem bestimmten Zeitpunkt an ausgeschlossen[32].

Der Satzungsgläubiger ist regelmäfsig auf sein Nutzungsrecht beschränkt und kann sich nicht aus der Substanz der Sache befriedigen. Er hat kein Recht, die Einlösung zu fordern[33], und kein Recht zur Veräufserung der Sache[34]. Dagegen ist sein Nutzungsrecht vererblich und übertragbar[35]. Mit Einwillung des Schuldners oder kraft Vorausermächtigung durch den Pfandvertrag kann er auch das Satzungsrecht selbst übertragen, so dafs er aus dem Schuld- und Pfandverhältnis ausscheidet und das Einlösungsrecht des Eigentümers nur gegen den nunmehrigen Pfandbesitzer besteht[36]. Auch begegnen Pfandverschreibungen in Gestalt von Orderpapieren, die von vornherein das Satzungsrecht nicht nur dem

---

[27] Außerdem muß er die Besserungen ersetzen; v. Meibom S. 366, 382, Kohler S. 244 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 17. Nicht aber die gewöhnlichen Erhaltungskosten; v. Meibom S. 365, Brünner Schöffenb. c. 334

[28] v. Meibom S. 378 ff.; Punschart S. 237 ff.

[29] Bisweilen wird vereinbart, daß der Schuldner nur mit eignem Gelde lösen darf; v. Meibom S. 380 Anm. 377—378, Heusler II 142 Z. 2.

[30] v. Meibom S. 380 Anm. 380; Immerwahr, Die Kündigung S. 35 ff.; Urk. v. 1387 b. Kraut Nr. 38. — Auch begegnet die Festsetzung bestimmter Tage innerhalb des Jahres, an denen nur eingelöst werden darf; v. Meibom S. 381 Anm. 381, Immerwahr S. 32 ff., Puntschart S. 239.

[31] v. Meibom S. 380 Anm. 379; Kohler S. 123 ff.; Stobbe-Lehmann Anm. 39; Urk. v. 1197 b. Kraut § 102 Nr. 34.

[32] So stets beim Verfallpfande und beim Verkaufspfande. Aber auch ohne eine derartige Nebenabrede, so daß die Folge der nicht rechtzeitigen Einlösung eine ewige uneinlösbare Pfandschaft war.

[33] Doch kommt es vor, daß er sich das Recht ausbedingt, dem Schuldner eine Einlösungsfrist zu setzen; Immerwahr S. 36 ff., Puntschart S. 241 ff.

[34] Dies erkennt auch Heusler II 140 als Unterschied vom Verkauf auf Wiederkauf an. Vgl. Huber IV 786 Anm. 4.

[35] Er kann es verkaufen, zu Lehen geben, zu Leibzucht einräumen, verpachten oder versetzen; v. Meibom S. 347 ff., 352 ff., Kohler S. 234 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 24.

[36] v. Meibom S. 348 ff.; Kohler S. 237; Stobbe-Lehmann Anm. 44. Unrichtig nimmt v. Meibom S. 350 ff. an, daß ein solches Veräußerungsrecht ohne weiteres bestanden habe. Ebenso anscheinend Kohler a. a. O. In Wahrheit behielt der Schuldner das Einlösungsrecht gegen den Pfandnehmer oder seinen Erben, wenn nicht das Gegenteil bedungen war.

Digitized by Google

benannten Gläubiger, sondern auch jedem getreuen Inhaber der Urkunde einräumen[37].

Beendigt wird die Satzung in ihrer reinen Form lediglich durch Einlösung. Erfolgt keine Einlösung, so besteht sie als ewige Pfandschaft ohne Zeitgrenze fort. Die Todsatzung dagegen erlischt mangels früherer Einlösung durch Selbsteinlösung des Pfandes[38].

Doch kann die Satzung mit aufschiebend bedingter Übereignung verbunden werden[39]. Hierdurch gewinnt sie die Natur eines Verfallpfandes, bei dem das Eigentum der Sache dem Gläubiger verfällt, wenn die Schuld nicht rechtzeitig bezahlt oder eine durch das Pfand gesicherte Verpflichtung verletzt wird[40].

Auch hat sich vereinzelt das Nutzungspfand zum Verkaufspfande entwickelt. Als Vorstufe hierzu erscheint die Satzung mit Einräumung des Rechtes, die Sache zum Zwecke der Befriedigung zu verpfänden[41]. Möglich aber war auch die Einräumung eines Verkaufsrechtes behufs Befriedigung aus dem Erlöse[42]. Endlich geben manche Quellen dem Satzungsgläubiger ein gesetzliches Recht, nach erfolgloser Androhung auf Grund gerichtlicher Ermächtigung das Pfand zu verkaufen und sich aus dem Erlöse zu befriedigen[43]. Die Gewährung des Verkaufsrechtes an den Satzungsgläubiger erscheint als eine Milderung des Verfallpfandes, da hier der Gläubiger einen Mehrerlös über den Betrag

---

[37] v. Meibom S. 348 Anm. 272; Kohler S. 236 ff.; Rosenthal, Würzburg, Anh. S. 29 ff.

[38] Oben Anm 24.

[39] Brunner, Z. f. H.R. XXII 72; Franken S. 164 ff.; Kohler S. 137 ff.— Im nordischen Recht begegnet ursprünglich nur das Verfallpfand; v. Amira I 203 ff., II 225 ff.

[40] Beispiele von Verfallklauseln b. v. Meibom S. 346 Anm. 268, Stobbe-Lehmann Anm. 40, Puntschart S. 243 ff., Kraut § 102 Nr. 40 u. 41, Lörsch u. Schröder Nr. 268 (249), Kölner Schreinsurk. I 20, 26, 30, Strals. Stadtb. S. 54, 105, 116, 119. — Hierher gehören auch die von Meibom als „Satzung als Strafgedinge“ ausgesonderten Fälle; v. Meibom S. 261 ff., Kraut Nr. 10, Lörsch u. Schröder Nr. 146 (123). — Hat bei der Verpfändung nicht schon eine bedingte Auflassung stattgefunden, so ist der Schuldner bei Verfall zur Auflassung verpflichtet.

[41] Kohler S. 15 ff.; Puntschart S. 246 ff.

[42] Brünner Schöffenb. c. 128; Österr. Urk. b. Kohler S. 16; Mecklenb. Urk. b. Puntschart S. 249.

[43] R. v. Dießenhofen v. 1260 § 29 b. Gengler, Stadtr. S. 83; Magd. R. f. Goldberg § 9 b. Stobbe-Lehmann Anm. 43.

Digitized by Google

der Schuld dem Schuldner herauszugeben hat[44]. Zugleich aber bewirkt sie eine Annäherung an das Recht der jüngeren Satzung.

Immer begründet die ältere Satzung reine Sachhaftung. Eine Schuld besteht[45]. Allein der Satzungsgläubiger kann sich wegen der Schuld nur an das Pfand halten und auch bei dessen Untergang oder Verschlechterung nicht die Person des Schuldners oder dessen sonstiges Vermögen angreifen[46]. Solange er die Sache als Pfand besitzt, bleibt die Schuld in Kraft, ist aber nur durch das Recht der Vorenthaltung des Pfandes gesichert[47]. Kommt es zum Anfall des Eigentums an den Gläubiger oder zum Pfandverkauf, so erlischt die Schuld[48]. Anders verhält es sich nur, wenn der Schuldner oder ein Bürge durch besonderes Rechtsgeschäft eine eigne Haftung für die Schuld übernommen hat[49].

Den Gegenstand des Nutzpfandes bildeten mit und neben den Grundstücken auch liegenschaftliche Rechte jeder Art[50]. Als Verpfändung nutzbarer Hoheitsrechte spielte die ältere Satzung auch bei der Verteilung der öffentlichen Gewalt eine wichtige Rolle und griff namentlich in Gestalt der Reichspfandschaften tief in die politische Geschichte ein[51].

---

[44] Jüngere nordische Quellen kennen ein abgeschwächtes Verfallpfand, bei dem der Wertüberschuß dem Schuldner herausgezahlt werden muß; v. Amira I 205, II 234.

[45] Puntschart S. 270 ff. — Das Gegenteil behauptete v. Meibom S. 15, 29, 273 ff.

[46] Puntschart S. 233 ff. Für das nord. R. v. Amira I 205 ff., II 226 ff. Vgl. auch v. Meibom, Jahrb. des gem. R. IV 449 ff.; Stobbe, Krit. V.Schr. IX 295 ff.; Heusler II 132; Weber S. 75 ff. — Häufig besagen die Quellen, daß, wenn das verpfändete Haus verbrennt oder sonst zerstört wird, der Gläubiger sein Geld verliert oder sich nur an die Trümmer halten kann; doch war eine gegenteilige Abrede möglich. Vgl. v. Meibom, Pfandr. S. 375 ff., Stobbe a. a. O. S. 308 ff., Puntschart S. 256 ff.

[47] Der Gläubiger hat kein Klagerecht, keine „forderung"; Puntschart S. 235 ff.

[48] Der Gläubiger trägt also den Ausfall; Puntschart S. 251 ff.; v. Amira I 206, II 234.

[49] Puntschart S. 463 ff.

[50] Lehnrecht, Erbzinsrecht, Leibzucht, Zehnten, Fronden, Renten, das Satzungsrecht selbst; aber auch Gerichtsherrschaft, Vogtei, Judenschutz, Zollgerechtigkeit und andere Regalien. Vgl. v. Meibom S. 296 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 53, Kraut Nr. 12, 33—35, Lörsch u. Schröder Nr. 236.

[51] v. Meibom S. 4 ff.; Werminghoff, Die Verpfändungen der mittel- und niederrheinischen Reichsstädte während des 13. u. 14. Jahrh., Unters. z. D. St. u. R.G. XLV, Breslau 1893.

Digitized by Google

III. Jüngere Satzung. Die Verpfändung einer Liegenschaft unter Zurückbehaltung des Besitzes und der Nutzung kam zwar schon seit der fränkischen Zeit in verschiedenen Formen vor, wurde aber erst später vom Stadtrecht her zu einem selbstständigen Rechtsinstitut ausgestaltet, das man als „jüngere“ oder „neuere Satzung“ zu bezeichnen pflegt.

Von jeher gab es Fälle, in denen die Einsetzung eines Grundstücks für eine Schuld unter Einräumung eines blofs anwartschaftlichen Rechts an den Gläubiger erfolgte, weil die sofortige Hingabe des Grundstücks in dessen Nutzungsbesitz als unangemessen erschien. So namentlich, wenn es sich um eine nur mögliche künftige Schuld handelte[52]. Ursprünglich diente diesem Zwecke die aufschiebend bedingte Übereignung[53]. Sie blieb auch später in Übung, ging jedoch vielfach in eine blofse Verpfändung mit der Verfallklausel über[54]. Daneben kam die Bestellung eines aufschiebend bedingten Nutzungspfandrechtes auf. Um dem Gläubiger hier sofort eine Gewere zu verschaffen, pflegte für ihn ein Anerkennungszins auf das Gut gelegt zu werden[55]. Oder es wurde dem Gläubiger sofort die volle Satzungsgewere übertragen, dem Schuldner aber das Gut unter Einräumung einer Lehnsgewere, einer Gewere zu treuer Hand oder einer Mietsgewere zurückgegeben[56]. Später begnügte man sich mit einer rein anwartschaftlichen Satzungsgewere[57]. Damit trat die Satzung ohne alle gegenwärtige Sachgewere in einen schärferen Gegensatz zur gewöhnlichen Satzung. Immer aber erschienen noch die verschiedenen Formen der Verpfändung mit Vorbehalt des Besitzes als Nebenformen sei es der bedingten Übereignung, sei es der Bestellung eines Nutzungspfandrechtes. Dies änderte sich, seitdem zuerst in den Städten

---

[52] Heusler II 147 ff.; Lehmann b. Stobbe S. 131.

[53] Brunner, Z. f. H.R. XXII 542 ff., Grundz. S. 196. Nach langobardischer Rechtssitte benutzte man hierzu die Übergabe einer Veräufserungsurkunde an den Gläubiger, der seinerseits sich in einem Pfandrevers zur Rückgabe der Urkunde gegen Befriedigung verpflichtete. Vgl. Val de Lièvre, Launegild und Wadia S. 28 ff., 74 ff.

[54] Heusler II 145. Vgl. auch Val de Lièvre a. a. O. S. 29 ff., Brunner, Z. f. H.R. a. a. O. S. 547.

[55] Monum. Boica VI 420 Nr. 20; Heusler II 147 Anm. 10; Kohler S. 234; v. Schwind S. 15 Anm. 1.

[56] v. Meibom S. 252; Kohler S. 85 ff., 234; Stobbe-Lehmann § 141 Anm. 28—30; Huber IV 788 Anm. 8; v. Amira, Recht S. 133.

[57] So die Magdeb. Schöffenpraxis nach Magdeb. Fr. I 6, 8. Ferner Bayr. Landr. Art. 222.

Digitized by Google

mit der reinen anwartschaftlichen Satzung die Verstrickung des Grundstückes mit dem Gerichtsbann und die hierdurch bewirkte Unterwerfung desselben unter die gerichtliche Zwangsvollstreckung im Falle der Nichterfüllung der Schuld verbunden wurde[58]. Denn nunmehr war eine Satzung ausgebildet, die einerseits überhaupt nicht auf Nutzungsbesitz abzielte und andererseits eine rein pfandrechtliche Wirkung hervorbrachte. Und wie diese Verpfändungsform, indem sie dem Schuldner den Besitz liefs, dem Gläubiger aber die Befriedigung aus der Substanz im Vollstreckungswege sicherte, neue wirtschaftliche Aufgaben erfüllte, so hob sie sich auch in ihrem rechtlichen Wesen immer schärfer von der alten Satzung als eine neue Satzung ab[59].

Begründet wird die neuere Satzung durch rechtsförmliche Bestellung vor Gericht oder Rat mit anschliefsender obrigkeitlicher Bannlegung; eine Auflassung findet dabei nicht statt; als wesentlich aber erscheint regelmäfsig die Einschreibung in das Gerichts- oder Stadtbuch oder in ein besonderes Pfandbuch[60]. Doch wurde

---

[58] v. Meibom S. 402 ff.; Sohm a. a. O. S. 11 ff.; Franken S. 2 ff.; Stobbe (2. Aufl.) II § 107; Brunner, Zur Rechtsgesch. der Urk. S. 194 Anm. 4, Z. f. R.G. XXIV 85, Grundz. S. 197; Huber IV 788 ff.; Schröder, R.G. S. 726. — Doch darf man nicht mit allen diesen Schriftstellern die jüngere Satzung aus der Anweisung als Exekutionsobjekt als ein von Hause aus von der älteren Satzung verschiedenes Institut entstehen lassen, noch weniger mit Sohm und Schröder sie für eine rein stadtrechtliche Bildung erklären, deren Wesen in der Übertragung der Grundsätze des Mobiliarpfandrechts auf Liegenschaften bestanden habe. Hiergegen mit Recht Heusler II 143 ff., v. Amira, Recht S. 133.

[59] Über die Entwicklung des Pfandrechts ohne Besitz im nord. R. v. Amira I 200 ff., II 234 ff. — Über die jüngere Satzung als „obligation" im französ. R. Franken S. 2 ff., Egger S. 136 ff.; dazu über die Ausgestaltung des „nantissement" (oben Anm. 11) im Sinne der jüngeren Satzung Egger S. 319 ff. Doch ist Egger nicht beizustimmen, wenn er zwar zu den Wesensmerkmalen der jüngeren Satzung neben der Begründung der Zugriffsmöglichkeit in die Liegenschaft durch ihre Anweisung als Exekutionsobjekt die Beschränkung der Verfügungsmacht des Eigentümers und das Vorzugsrecht des Gläubigers in Ansehung der Befriedigung rechnet, aber die jüngere Satzung ohne Zusammenhang mit der älteren Satzung lediglich aus einer mit der obligatio generalis gleichartigen obligatio specialis hervorgehen läfst. Der Haftungsgedanke ist bei der obligatio bonorum und bei der obligatio rei derselbe; ihre Pfandrechtsgestalt aber verdankt die jüngere Satzung ihren aus der älteren Satzung stammenden Elementen. Was Egger über die Geschichte des nantissement beibringt, spricht für, nicht gegen Zusammenhang mit dem Besitzpfande.

[60] v. Meibom S. 415 ff.; Stobbe-Lehmann § 145 Anm. 5—6; Pauli IV 27 ff., 134; Rehme S. 77 ff., 122 ff., 265 ff.; Huber IV 792; Lüb. Stadtr.

Digitized by Google

in einzelnen Gegenden auch die Verpfändung durch Übergabe einer das Besitzrecht am Grundstück verbriefenden Urkunde (des Hausbriefes oder Erbbriefes) als wirksam anerkannt[61].

Der Satzungsgläubiger erlangt ein dingliches Recht, das sich schon vor der Fälligkeit der Schuld, obschon es eine unmittelbare Sachherrschaft zunächst nicht gewährt, in der Gebundenheit des Grundstückes für die Schuld äufsert[62]. Ihm ist zu diesem Behuf, während ihm keinerlei gegenwärtige Sachgewere zusteht, eine anwartschaftliche Gewere am Gute eingeräumt, die zugleich als gegenwärtige Rechtsgewere erscheint[63]. Darum kann er das Satzungsrecht auch gegenüber einem dritten Erwerber des Grundstücks geltend machen[64]. Doch droht ihm die Gefahr, sein Recht durch Verschweigung zu verlieren, wenn der neue Eigentümer die rechte Gewere erwirbt[65].

Der Schuldner behält Eigentum und volle Sach-

---

b. Hach II, 36; Hamb. Stadtr. v. 1270 I, 13; Bremer Stadtr. v. 1303 ord. 23; Bayr. Landr. Art. 222; Münchener Stadtr. Art. 32 u. 205; Magdeb. Syst. Schöffenr. III 2, 67; Magd. Fr. I 6, 8; Rechtsb. n. Dist. I, 45 d. 1, IV, 43 d. 2; Gosl. St. 112 Z. 27. Erbenlaub ist auch hier erforderlich. — Über die Form der Begründung im französ. R. Egger S. 157 ff., 319 ff.

[61] Roth, Z. f. R.G. X 354 ff. u. Bayr. C.R. II § 181 S. 377 u. 379 (für Nördlingen, Augsburg, Regensburg); Bischoff, Z. f. R.G. XII 37 ff. (für österr. Städte); Stobbe-Lehmann § 145 Anm. 8 (auch bei Bauergütern in Schlesien). Dazu oben Anm. 53.

[62] Vgl. Kohler S. 22 ff., Heusler II 149, Lehmann b. Stobbe § 145 Anm. 16. Dagegen leugnen v. Meibom S. 432 ff. u. Sohm S. 15 ff. die Dinglichkeit des Rechts. Stobbe (2. Aufl.) § 107 Z. 4 behauptet, man sei unsicher gewesen, ob das Recht ein dingliches sei, und habe erst im 14. u. 15. Jahrh. die Dinglichkeit allgemein anerkannt. Er selbst nimmt ein beschränkt wirksames dingliches Recht an. Ebenso Weber S. 87. Huber IV 789 ff. meint, ursprünglich sei ein dingliches Recht erst mit dem Zugriff entstanden, allmählich aber die Vorstellung einer zugrunde liegenden dinglichen Belastung durchgedrungen. Ähnlich Egger S. 166 ff.

[63] In den Magdeb. Fr. I 6, 8 wird die Frage aufgeworfen, wer „besser gewere" habe, der, dem das Grundstück vor gehegtem Dinge versetzt ist, oder der Verpfänder, „ab er nu wol blebe in dem erbe". Die Antwort lautet: wirt eyme eyn erbe vor gericht gesaczt, der hat eyne rechte gewere doran. — Versuche, dieser Stelle zum Trotz die Satzungsgewere wegzudeuten, bei v. Meibom S. 438 ff., Stobbe, Gewere S. 479, Heusler, Gewere S. 196, Inst. II 146, Weber S. 86.

[64] Magdeb.-Bresl. Syst. Schöffenr. IV 2, 51; Wiener Stadtr. (ed. Schuster) Art. 140; Stadtr. v. Cleve. 112 § 18 in Z. f. R.G. X 245; Zürch. R. b. v. Wyfs, Z. f. schweiz. R. X 246.

[65] Kohler S. 24; Heusler II 149; Weber S. 86; Magd. Sch.U. b. Wasserschleben I 222 c. 70.

Digitized by Google

gewere. Er kann das Grundstück wirksam übereignen. Doch war ihm ursprünglich wegen der hiermit für den Gläubiger verbundenen Gefahr die Veräufserung des Grundstücks ohne Zustimmung des Gläubigers verboten[66]. Auch finden sich vielfach vertragsmäfsige Beschränkungen der Veräufserungsfreiheit[67]. Eine zweite Verpfändung, die sich bei der älteren Satzung von selbst verbot, war ursprünglich auch hier unzulässig[68]. Mehr und mehr aber drang die Gestattung mehrfacher Verpfändung durch und wurde gerade zu einem Hauptvorzuge der neueren Satzung[69]. Dabei entwickelte sich in ähnlicher Weise wie beim Rentenkauf die Auffassung, dafs den eigentlichen Gegenstand der Belastung der Wert des Gutes bilde und somit die spätere Satzung auf den von der früheren Satzung freigelassenen Mehrwert gelegt sei[70]. Hieraus ergab sich zugleich der Vorrang der früheren Satzung vor der späteren[71].

---

[66] v. Meibom S. 428 ff.; Kohler S. 23 ff.; Stobbe-Lehmann § 145 Anm. 18; v. Wyfs, Z. f. schweiz. R. IX 43 ff.; Gosl. Stat. S. 24 Z. 29 ff.; Magdeb.-Bresl. Syst. Schöffenr. IV 2, 74. Vgl. über das französ. R. Egger S. 137 ff., 344.

[67] Oft verspricht der Schuldner, nicht vor Zahlung der Schuld zu veräufsern; Wismar. Stadtb. b. Burmeister S. 33, Stralsunder Stadtb. S. 4 Nr. 1, S. 5 Nr. 23 und sonst, Kieler Stadtb. b. Hasse Nr. 533. Oder die Forderung soll im Falle der Veräufserung sofort fällig und der Gläubiger aus dem Kaufgeld bezahlt werden; Stralsunder Stadtb. S. 7 Nr. 62, Kieler Stadtb. Nr. 930, Brünner Schöffenb. c. 336, Urk. b. Lörsch u. Schröder Nr. 215 u. 332. Oder dem Gläubiger soll ein Vorkaufsrecht zustehen; Stralsunder Stadtb. S. 60 Nr. 111, S. 122 Nr. 154, Kieler Stadtb. Nr. 200, 253, 333. — Vgl. v. Meibom S. 364, Stobbe-Lehmann § 145 Anm. 19, v. Schwind S. 15.

[68] v. Meibom S. 429; Kohler S. 23; Stobbe-Lehmann § 145 Z. 3; Huber IV 793; Goslar. St. S. 24 Z. 19 u. 30; Rechtsb. n. Dist. II 4, 18; Berner Stadtr. c. 235 u. Z. f. schweiz. R. XX 111. Vgl. dazu oben § 151 S. 759 Anm. 32.

[69] Kohler S. 28 ff.; Stobbe-Lehmann § 145 Anm. 11; Weber S. 90; Schröder, R.G. S. 712; Huber IV 793. Der Verpfänder war aber bei Strafe verpflichtet, die schon vorhandenen Belastungen wahrheitsgemäfs anzuzeigen.

[70] Vgl. Stralsunder Stadtb. S. 45 Nr. 125 (id, quo melior est), S. 56 Nr. 336, S. 73 Nr. 18; Wiener Stadtr. Art. 139 (auf die uberteur); Prager Sch.U. b. Stobbe-Lehmann Anm. 11 (pignus in residuo valore).

[71] Kohler S. 28 ff.; Stobbe-Lehmann Anm. 13—14; Schröder, R.G. S. 712; Kieler Stadtb. Nr. 568; Wiener Stadtr. Art. 139; Münch. Stadtr. Art. 446; Tomaschek, Iglauer Oberhof S. 69 Nr. 57. — Zum Teil ging auch die frühere Klage vor, falls kein vorstehender Gläubiger Einsprache erhob; Stobbe-Lehmann Anm. 15. Unrichtig meint v. Meibom S. 454 ff., es habe allgemein Prävention gegolten.

Digitized by Google

Für den Fall der Nichterfüllung der Schuld gewährt die neuere Satzung das Recht der Befriedigung aus dem Grundstücke mit Gerichtshülfe. Der Gläubiger kann die sofortige Zwangsvollstreckung in das Pfand betreiben[72]. Dabei steht er vermöge der bei der gerichtlichen Bestellung des Pfandes vollzogenen Unterwerfung des Grundstückes unter den Gerichtsbann einem Gläubiger gleich, der bereits ein Urteil auf Zahlung und die Fronung (Beschlagnahme) des Grundstücks erwirkt hat. Er braucht also nur noch das zweite Stadium der gerichtlichen Zwangsvollstreckung zu erledigen, das nach älterem Recht im Sinne des Verfallpfandes zur Übereignung des Pfandes führt[73], mehr und mehr aber im Sinne des Verkaufspfandes sich auf Versilberung des Pfandes richtet[74]. Soweit ein Pfandverkauf stattfindet, erfolgt die Befriedigung des Gläubigers oder einer Mehrzahl von Gläubigern aus dem Verkaufserlöse, während ein Überschufs an den Eigentümer herauszugeben ist[75]. Vielfach ist das Verkaufs-

---

[72] Über das Vollstreckungsverfahren vgl. Albrecht, Gewere S. 150 ff., v. Meibom S. 97 ff., Planck, Gerichtsv. II 343 ff., Heusler, Z. f. schweiz. R. VII 122 ff., 167 ff., v. Schwind S. 20 ff., 69 ff., 91 ff.

[73] So nach den Stadtrechten v. Freiberg (c. 1 § 37 ff.), Goslar (S. 27 Z. 15 ff.), Hamburg (v. 1270 I, 14), Verden (Art. 47 b. Pufendorf I 94), Bremen (Höpken S. 90, 97 ff.), Schwerin (Z. f. R.G. IX 285), Luzern (Art. 57). Aber auch anderswo im Falle ausdrücklicher Verfallklausel, wie sie z. B. im Stralsunder Stadtbuch, im Kieler Stadtbuch und im Hallischen Schöffenbuch oft vermerkt ist; Stobbe-Lehmann § 145 Anm. 25, Puntschart S. 243 ff. — Das Verfahren beginnt meist mit der Einweisung des Gläubigers in die leibliche Gewere. Hierauf folgt ein dreimaliges gerichtliches Aufgebot mit festen Fristen zur nachträglichen Einlösung. Bleibt dieses vergeblich, so spricht das Gericht die Übereignung oder Weldigung aus. Einen Mehrwert des Gutes braucht der Gläubiger nicht zu ersetzen. Bisweilen aber wird dem Schuldner noch eine gewisse Zeit hindurch die Einlösung vorbehalten. Näheres b. v. Meibom S. 106 ff., Planck II 343 ff.

[74] So namentlich schon früh nach den süddeutschen Rechten; v. Meibom S. 121 ff., v. Schwind S. 69 ff. Später auch im sächsischen Rechtsgebiet. Eine Übergangsstufe bildet das Magdeb. R., nach dem der in die leibliche Gewere eingewiesene Gläubiger die Wahl hat, das Gut zu verkaufen oder als stets einlösbares Nutzpfand zu behalten; Magdeb. R. v. 1295 § 5, System. Schöffenr. III, 2, 166, Kulm. R. III 104, Glogauer R. 154, v. Meibom S. 116 ff., Planck II 347 ff. — Der Verkauf erfolgt ursprünglich auf Grund gerichtlicher Ermächtigung nach gehöriger realer oder symbolischer Einweisung und vergeblichem Aufgebot durch den Gläubiger selbst, später unter gerichtlicher Leitung oder durch das Gericht.

[75] v. Meibom S. 132, 424; Magdeb. Syst. Schöffenr. III 2, 80; Kulm. III 110; Kl. Kaiserr. I 26; Rechtsb. n. Dist. I 15, 1, III 14, 1. — Findet beim Verkaufspfand, weil kein Verkauf zustande kommt, eine Übereignung an den

Digitized by Google

recht zugunsten des Schuldners gemildert, indem der Gläubiger zunächst durch bloſse Verpfändung sein Geld zu erlangen versuchen soll[76] oder dem Schuldner eine bestimmte Zeit hindurch das Einlösungsrecht gegenüber dem Ersteher vorbehalten wird[77]. Andererseits konnte auch ein strengeres und schleunigeres Verkaufsverfahren vereinbart werden[78].

Auch die neuere Satzung begründete ursprünglich eine reine Sachhaftung, so daſs der Gläubiger sich nur an das Pfand halten kann und wegen des Ausfalls keine Forderung hat[79]. Eine weitere Haftung bestand nur, wenn sie besonders übernommen war[80]. Manche Quellen aber gewähren schon im Mittelalter dem Satzungsgläubiger ein gesetzliches Recht, sich wegen des Ausfalles an das übrige Vermögen des Schuldners zu halten[81].

Gleich den Grundstücken konnten liegenschaftliche

Gläubiger statt, so erfolgt sie zum Schätzungswert unter Verpflichtung zur Herauszahlung des Mehrwerts; v. Meibom S. 118, 125, v. Schwind S. 70.

[76] v. Meibom S. 123; Kohler S. 6 ff.; Stobbe-Lehmann Anm. 27; Puntschart S. 246 ff.; Frankf. Baculus judicii § 73 (Thomas S. 248): mocht ers nit versetzen, so mocht ers verkauffen; Kl. Kaiserr. I 26; Bamb. R. 293.

[77] v. Meibom S. 117; Kohler S. 32 ff.; Magdeb. Syst. Schöffenr. III 2 c. 81 u. 93, Magdeb. Fr. II 2, 3 (binnen Jahr und Tag); Frankf. Baculus jud. § 79.

[78] Vgl. über die häufig vorkommende Gestattung des Verkaufs „absque ulla prosecutione coram judicio facienda“ oder als „pignus prosecutum“ Pauli IV 142 ff., v. Meibom S. 406, Stobbe-Lehmann Anm. 28, Planck II 349. — Hierher gehört auch vermutlich die in Bremen, Hannover und Stralsund vorkommende Satzung von Grundstücken „zu Kistenpfandrecht“ als Unterwerfung unter die Formen der Mobiliarexekution; Stobbe, Krit. V.Schr. IX 317 ff.; a. M. v. Meibom S. 423, Schröder, R.G. S. 726.

[79] Hamburg. Stadtr. v. 1270 I, 14; Lüb. R. III 255; Stade I 10 b. Pufendorf I 174; Fabricius S. 275; Stobbe, Krit. V.Schr. IX 308 ff., D.P.R. § 145 II 6a; Puntschart S. 250, 251 ff. — Für den Fall des Unterganges oder der Verschlechterung des Pfandes gelten gleiche Regeln, wie bei der älteren Satzung; Lüneb. Stadtr. (Kraut) 64, Danziger Willkür b. Stobbe, Krit. V.Schr. IX 309, Puntschart S. 256 ff.

[80] Beispiele b. v. Meibom S. 425 Anm. 86, Stobbe-Lehmann § 145 Anm. 32; dazu Puntschart S. 467 ff. — In diesem Falle geht die Schuld auch nicht mit dem Pfande unter; Stobbe-Lehmann Anm. 31—32, Puntschart S. 255 Anm. 2, S. 258.

[81] Hamb. Stadtr. v. 1292 C X u. 1497 H IX; Verdener Stadtr. 47; Freiberger Stadtr. I § 37; Liegnitzer Glosse b. Homeyer, Sachsensp. II, 1 S. 360; Rigaische Stat. IV 5 § 5 (Napiersky S. 167); v. Meibom S. 424 ff.; Stobbe-Lehmann § 145 Anm. 33; v. Schwind S. 23, 68. Die Annahme von Puntschart S. 252, daß diese Stellen sich nur auf den Fall der üblichen Vereinbarung persönlicher Haftung beziehen, ist schwerlich haltbar.

Digitized by Google

Gerechtigkeiten, wie sie der älteren Satzung zugänglich waren, auch den Gegenstand der neueren Satzung bilden[82].

In der Form der neueren Satzung aber oder in ähnlicher Form wurde auch das Vermögen als Ganzes für eine Schuld eingesetzt[83]. Eine derartige Vermögenssatzung begegnet im deutschen Mittelalter vielfach neben der Haftbarmachung der Person oder auch ohne diese; sie wird meist auf alles unbewegliche und bewegliche Vermögen, mitunter aber nur auf das eine oder das andere oder blofs auf einen bestimmten Teil des Vermögens erstreckt und kann entweder nur für das gegenwärtige oder auch für das künftige Vermögen ausgesprochen werden[84]. Allein sie erzeugt nur ein Haftungsrecht, nicht ein wirkliches Pfandrecht. Ihre ursprüngliche Bedeutung bestand darin, dafs sie die unmittelbare Vermögenshaftung für Schuld überhaupt erst begründete und damit dem Gläubiger die Möglichkeit eröffnete, im Falle des Verzuges ohne weiteres sich an die verhafteten Vermögensgegenstände zu halten[85]. Auch später aber erschöpfte sich ihre Wirkung regelmäfsig in der Erleichterung des exekutivischen Zugriffes[86]. Gewere und dingliches Recht gab sie nicht. Sie legte dem Schuldner eine persönliche Gebundenheit in Ansehung der Verfügung über das Vermögen im Ganzen auf[87], begründete dagegen keine Ver-

---

[82] Urk. b. Lörsch u. Schröder Nr. 169 u. 176; Kraut § 102 Nr. 33.

[83] Albrecht, Gewere S. 156; v. Meibom S. 413 ff.; Planck II 358 u. 385; Stobbe-Lehmann § 145 III; Puntschart S. 463 Anm. 1; H. Meyer, Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen, Jena 1903, S. 12 ff.; Magd. Syst. Schöffenr. III 2, 91—92; Pauli I 118, II 39, IV 142 Anm. 44—45; Goslar. Urt. b. Kraut § 102 Nr. 58; Urk. b. Lörsch u. Schröder Nr. 160, 181, 321, 332; Stralsunder Stadtb. S. 81 Nr. 121, S. 105 Nr. 548; Aachener Urk. b. Lörsch S. 33 u. 35; Huber IV 789 Anm. 11. Dazu oben § 151 S. 762 Anm. 54. — Über die obligatio generalis des altfranzös. R. Egger S. 134 ff., 470 ff.

[84] Beschränkung auf das gegenwärtige Vermögen, wenn nichts Anderes vereinbart ist, nach Magdeb. Syst. Schöffenr. III 2, 92, Kulm III 123. Erstreckung auf den künftigen Erwerb nach Brünner Schöffenb. c. 562, Clever Stadtr. 112 § 10 in Z. f. R.G. X 245; vgl. Stobbe-Lehmann § 145 Anm. 39, H. Meyer S. 17. Dazu Egger S. 155.

[85] Vgl. oben Anm. 6—8; Egger S. 148 ff. Anders Puntschart S. 464 Anm.

[86] Seitdem persönliche Haftung und Haftung mit dem ganzen Vermögen zusammenfielen und schon kraft gesetzlicher Regel eine generelle Haftung für Schuld eintrat, konnte die Vermögenssatzung immer noch den Vorteil der bereits vollzogenen Beschlagnahme für die Exekution bieten; vgl. H. Meyer S. 17. Vielfach aber mochte sie auch zur leeren Formel werden.

[87] Daher darf der Schuldner nichts verschenken. Im französ. R. werden

Digitized by Google

fügungsbeschränkung in Ansehung der einzelnen Vermögensstücke und kein Verfolgungsrecht gegen Dritte[88]. Auch gewährte sie kein vom Alter der Schuld unabhängiges Vorzugsrecht bei der Befriedigung[89]. Immerhin war sie befähigt, pfandrechtliche Elemente in sich aufzunehmen[90], und konnte hierdurch sich einer Verpfändung des ganzen Vermögens nähern und nach der Rezeption in die fremdrechtliche Generalhypothek übergehen[91].

IV. Verhältnis zum Rentenkauf. Satzung und Rentenkauf waren von Hause aus ungleichartige Rechtsgeschäfte. Die Satzung machte das Grundstück für eine aufserhalb des sachenrechtlichen Verhältnisses stehende Schuld haftbar, der Rentenkauf begründete eine aus dem Grundstück zu erfüllende dingliche Schuld. Auch die neuere Satzung blieb vom Rentenkauf, obschon sie mit ihm bezüglich der Fortdauer des Nutzungsbesitzes des Grundeigentümers, der Ausgestaltung zum Wertrecht und der Art der Zwangsvollstreckung manches gemein hatte, im inneren Wesen verschieden. Sie eignete sich nur zur Sicherung der auf einmalige Leistung gerichteten Forderungen und vermochte die dem Rentenkauf bei der Ausbildung des Realkredits und der nutzbaren Kapitalanlage zufallenden Aufgaben nicht zu erfüllen. Allein im Laufe der Zeit

---

zum Teil Schenkungen als nichtig behandelt; Egger S. 148 ff. In der Hand des Erben bleibt das Vermögen verhaftet.

[88] Der Schuldner darf veräufsern und verpfänden; die aus seiner Gewere gelangten Stücke werden haftungsfrei; Magdeb. Sch.U. b. Wasserschleben I 281 c. 144; Stobbe-Lehmann § 145 Anm. 40; H. Meyer S. 17 Anm. 16; Huber IV 789; Egger S. 149, 482 ff. Er kann freilich versprechen, nicht zu veräufsern; Stralsunder Stadtb. S. 81 Nr. 121. Doch folgt daraus noch nicht die Unwirksamkeit der Veräufserung.

[89] Magdeb. Fr. II 2, 10; Magdeb. Syst. Schöffenr. III 2, 91; Wasserschleben I 284 c. 149; Stobbe-Lehmann Anm. 41; abweichend v. Meibom S. 413. Vgl. für das französ. R. Egger S. 151 ff.: die jüngere Spezialsatzung geht vor; aber auch unter mehreren Generalobligationen gilt kein Vorzug der älteren Obligation, sondern entweder ein Vorzug der älteren Schuld oder überhaupt kein Altersvorzug.

[90] Vgl. über die Annäherung an eine Spezialverpfändung in Lübeck H. Meyer S. 19—20. — Vereinzelt wird die Forthaftung veräufserter Stücke angenommen. So Goslar. Urt. b. Bruns, Beiträge S. 242 (Lörsch u. Schröder Nr. 321). Dagegen führt Puntschart a. a. O. hierfür mit Unrecht Magd. Syst. Schöffenr. IV 2, 51, wo von Verpfändung eines „eygin“ die Rede ist, und Stralsunder Stadtb. S. 81 Nr. 121, wo nur ein Versprechen, nicht zu veräufsern, bekundet ist (oben Anm. 88), an.

[91] Vgl. über die Umwandlung in eine Generalhypothek in Frankreich Egger S. 168 ff., 216 ff. Zweifellos hat auch in Deutschland die Vermögenssatzung der Generalhypothek den Boden bereitet.

Digitized by Google

haben sich neuere Satzung und Rentenkauf einander genähert. Einerseits wurde, wie schon gezeigt ist, beim Rentenkauf durch Hinzufügung einer Satzung die Erstreckung des Schuldverhältnisses über den Rahmen der dinglichen Schuld angebahnt[92]. Andererseits kam die Satzung für ein zinsbares Darlehen auf[93] und führte, seitdem die Haftung des Grundstücks für die einzelnen fälligen Zinsforderungen anerkannt wurde[94], zu der Vorstellung aus dem Grundstücke geschuldeter Leistungen.

§ 156. Das Grundpfandrecht seit der Rezeption.

I. Die Aufnahme des römischen Pfandrechts. Seit der Rezeption wurde das römische Pfandrecht als gemeines deutsches Recht betrachtet[1]. Es stand in wichtigen Punkten zum einheimischen Recht in schroffem Gegensatz. Bewegliche und unbewegliche Sachen stellt es gleich. Das deutsche Publizitätsprinzip ist ihm fremd. Weder Besitz noch öffentliche Bekundung sind erforderlich, um dem Pfandrecht dingliche Wirksamkeit zu verschaffen. Vielmehr genügt zur rechtsgeschäftlichen Bestellung einer Hypothek an Grundstücken wie an anderen Sachen formloser Vertrag oder letztwillige Verfügung. Daneben sind zahlreiche dem deutschen Recht unbekannte gesetzliche Pfandrechte anerkannt. Auch durch Richterspruch können Hypotheken bestellt werden. Im Gegensatz zum deutschen Spezialitätsprinzip bewirkt die Verpfändung des ganzen Vermögens unmittelbar ein Pfandrecht an allen einzelnen Vermögensgegenständen. Die wichtigsten Legalhypotheken ergreifen von Rechts wegen als Generalhypotheken das ganze gegenwärtige und künftige Vermögen. Unter mehreren Pfandrechten gilt zwar der Altersvorzug, wird aber durch eine Fülle von Pfandprivilegien, von denen das deutsche Recht nichts wufste, durchbrochen. Aufserdem geht unter mehreren nicht oder gleich privilegierten Pfandrechten das jüngere vor, wenn es in einer öffentlichen Urkunde (pignus publicum) oder einer vor drei Zeugen

---

[92] Oben § 151 X S. 762 ff.

[93] Pauli IV 101 ff.; Kieler Stadtb. Nr. 70, 79, 86, 191, 200, 226, 234, 235 usw.; Hallesches Schöffenb. I 297, 459, 758, II 57, 115 usw.

[94] Ursprünglich stand das Zinsversprechen aufserhalb des Satzungsverhältnisses, so dafs das Grundstück in der Hand eines dritten Erwerbers nicht für die Zinsen haftete; Fabricius S. 274, Stobbe (2. Aufl.) § 107 Z. 5.

[1] Vgl. bes. H. Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. R., 2 Bde., 1860 u. 1864, Pand. I § 261 ff. Windscheid I § 224 ff.

Digitized by Google

unterschriebenen Privaturkunde (pignus quasi publicum) verbrieft ist. Im übrigen ist in keiner Weise für die Feststellung des Alters der Pfandrechte gesorgt. Seinem Inhalte nach begründet auch das römische Pfandrecht Sachhaftung für Schuld. Allein ihm fehlt, da der Begriff der reinen Sachhaftung unbekannt ist, die Selbstständigkeit des deutschen Pfandrechts. Es ist als streng akzessorisches Recht an eine persönliche Forderung gebunden und zielt auf Verstärkung der persönlichen Haftung des Schuldners durch eine subsidiäre Sachhaftung ab. Zur Verwirklichung der Sachhaftung hat der Gläubiger im Falle seiner Nichtbefriedigung das Recht, das Pfand in Besitz zu nehmen, zu verkaufen und sich aus dem Erlöse zu befriedigen. An gerichtliche Ermächtigung oder Mitwirkung ist sein Verkaufsrecht nicht gebunden. Die Bestellung eines Verfallpfandes ist unzulässig.

Dieses Pfandrechtssystem bedeutete, wenn es auch in einzelnen Beziehungen den Bedürfnissen der neuen Zeit entgegenkam, im Ganzen gegenüber dem mittelalterlichen deutschen Recht einen verderblichen Rückschritt. Gleichwohl brach es sich zum Nachteil des deutschen Realkredits mehr und mehr Bahn. Die Partikularrechte leisteten anfangs oft zähen Widerstand, vermochten aber auf die Dauer meist nur Trümmerstücke des deutschen Rechtes zu retten, die dem römischen System eingefügt wurden und dessen wirtschaftliche Gefahren ermäfsigten, zugleich jedoch in dessen rechtlichen Aufbau Verwirrung und Zwiespalt hineintrugen.

Immerhin wahrten die Einrichtungen und Gedanken des heimischen Rechts genügende Lebenskraft, um eine Umbildung des fremden Rechtes vorzubereiten, die seit dem achtzehnten Jahrhundert in einzelnen Ländern und im neunzehnten Jahrhundert allgemein durch eine zielbewufste Gesetzgebung weitergeführt und vollendet wurde. Das Ergebnis waren neue Rechtsgebilde, die trotz der Anlehnung an die römischen Begriffe sowohl ihre äufsere Gestalt wie ihren inneren Gehalt im wesentlichen aus dem deutschen Recht schöpften.

II. Das Nutzungspfandrecht an Liegenschaften. Ziemlich unverändert erhielt sich noch lange wegen ihrer Verwandtschaft mit der römischen Antichrese die ältere Satzung[3].

[3] Stobbe-Lehmann § 146 IV. Über die Fortdauer in Jülich-Berg Maurenbrecher, Rheinpreufs. Landr. I 285 Anm. 110; in Mecklenburg v. Meibom, Mecklb. Hyp.R. S. 8 ff., Stadtrechtsberichte v. 1589 in Z. f. R.G. X 128 ff.; in Neuenburg Huber IV 797; in Frankreich Zachariae-Crome II 199 ff.

Digitized by Google

Soweit freilich das kanonische Zinsverbot Beachtung fand, sollte sie nur als Todsatzung begründet werden[3]. Meist aber blieb sie auch als ewige Pfandschaft gestattet[4]. Doch drang überall das römische Verbot der lex commissoria und zum Teil auch die römische Vorschrift der Verrechnung der Nutzungen auf die Zinsen durch[5].

Allein die Tage des Besitzpfandrechtes an Grundstücken waren überhaupt gezählt. Wenn es auch im preufsischeu Landrecht und im französischen Gesetzbuch noch eingehend geregelt wurde[6], so starb es doch im Leben mehr und mehr ab. Manche neuere Gesetze versagten ihm ausdrücklich die Anerkennung[7]. Nach dem geltenden deutschen Recht kann es als dingliches Recht überhaupt nicht mehr begründet werden. Doch bestehen die unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes gültig entstandenen Nutzungspfandrechte an Liegenschaften als dingliche Rechte fort[8].

Auch die staatsrechtliche Bedeutung der älteren Satzung hat ihr Ende erreicht[9]. Die Reichspfandschaften, deren Einlösung

---

[3] Z. B. nach Wormser Ref. V 3 t. 2 s. 2 u. 19, t. 10 s. 3, Freiburger Stadtr. v. 1520 II 8, 3 fol. 41, Württ. Landr. I (Wächter I 111) u. Hadeler Landr. II 8.

[4] Jülich-Berg. Landr. c. 103 (ohne Verrechnung); Nürnb. Ref. XX 4, 2 (wenn bedungen); Frankf. Ref. II, 18 § 11; Hamb. Stadtr. II 4, 9; Rheingräfl. Landr. v. 1754 VII § 4 (Maurenbrecher II 292 ff.).

[5] Solmser L.O. II 15 § 2; Württ. L.O. b. Wächter a. a. O.; Decis. El. Saxon. v. 1746 Nr. 22; Bayr. Stat. b. Roth, Bayr. C.R. II 439; Herzogl. Preufs. L.R. v. 1620 IV 5 Art. 6 § 3; Kurtrier. L.R. XIV 2; Kurpfälz. L.R. II 16, 5.

[6] Preufs. A. L.R. I, 20 § 139 ff.; vgl. Dernburg u. Hinrichs, Preufs. Hypothekenr. II 246 ff., Förster-Eccius § 196 II, R.Ger. XXXI Nr. 71. — Code civ. Art. 2072 u. 2085 sq.; Zachariae-Crome II 209 ff., Kohler S. 250 ff.

[7] Verbote begegnen schon 1539 in Bern, 1550 in Zürich, 1611 in Basel; Huber IV 796 Anm. 24, Bluntschli, Zürch. R.G. II 121. Ferner 1619 in Salzburg; vgl. Salzburg. Taiding. S. 127 Art. 35. 1731 in Bayreuth; Arnold, Beitr. II 213 ff. Dazu Österr. Gb. § 1372, Nassau. Ges. v. 1851 § 11, Hess. v. 1858 § 5, Lipp. v. 9. April 1859, Bayr. A.G. z. C.Pr.O. Art. 124.

[8] Dernburg, B.R. § 234 Anm. 3; Wilde, D.J.Z. 1900 S. 206; Förster, Grundbuchr. S. 174; Biermann, Vorbem. vor § 1113; Planck zu E.G. Art. 192 Bem. 1 f; R.Ger. XLVII Nr. 15, Gruchot XLV 1046; K.Ger. in Rspr. d. O.L.G. I 261. Doch wird vom R.Ger. b. Seuff. LVI Nr. 149 inkonsequenterweise der Fortbestand eines nach preufs. R. nur durch Besitz begründeten Nutzpfandrechtes verneint. — Abweichende Ansichten b. Habicht (2. Aufl.) S. 730, Niedner, E.G. (2. Aufl.) S. 379 u. 408, Freudenthal, D.J.Z. 1900 S. 162 ff. u. 270. — Nach Hess. A.G. Art. 213 u. Elsafs-Lothr. A.G. z. Grdb.O. § 23 besteht die Antichrese nur als persönliches Recht fort.

[9] Der an Stadt und Herrschaft Wismar durch Vertrag v. 26. Juni 1803

Digitized by Google

schon zu Reichszeiten unausführbar gemacht wurde[10], gelangten mit der Auflösung des alten Reichs in das Eigentum der Pfandbesitzer.

III. Die Entstehung der modernen Hypothek[11]. Das Grundpfandrecht ohne Besitz, das so zuletzt sich ausschliefslich behauptet hat, ging allmählich in die moderne Hypothek über. Sie hat nicht nur den Namen, sondern auch einen Teil ihres Wesens dem fremden Rechte entlehnt. Allein die schöpferischen Gedanken, denen sie ihre äufsere und innere Bildung verdankt, entstammen der jüngeren Satzung und dem Rentenkauf.

1. In ihrer äufseren Gestalt setzt sie unmittelbar die jüngere Satzung fort.

Die deutschrechtlichen Formen der Verpfändung von Liegenschaften blieben, wennschon vielfach umgewandelt, auch nach der Rezeption in Übung. Nach wie vor erfolgte die Verpfändung von Grundstücken durch einen rechtsförmlichen Akt vor Gericht oder Rat mit nachfolgendem Bucheintrage[12] oder wurde doch in

---

von Schweden an Mecklenburg-Schwerin eingeräumte Pfandbesitz ist durch Vertrag zwischen beiden Staaten v. 20. Juni 1903 und gleichzeitigen Vertrag zwischen dem Deutschen Reiche und Schweden, indem Schweden auf sein Einlösungsrecht verzichtet hat, „in vollen und uneingeschränkten Eigenbesitz umgewandelt" (R.G.Bl. v. 1904 Nr. 31). Übrigens bestand die Bedeutung, die B. Schmidt, Der schwedisch-mecklenburgische Pfandvertrag über Stadt und Herrschaft Wismar, Leipz. 1901, diesem Satzungsfalle beilegt, schon längst nur noch auf dem Papier.

[10] Der Kaiser durfte sie nach I.P.O. Art. 5 § 26 nur mit Zustimmung des Reichstags einlösen; vgl. v. Meibom, Pfandr. S. 4 ff., Schröder, R.G. S. 837 ff., 866.

[11] Beseler, D.P.R. § 102; Roth § 291; Gerber-Cosack § 151 Stobbe-Lehmann § 146. F. Weber, Deutsch. Hypothekenr. S. 99 ff. v. Schwind S. 29 ff., 44 ff., 78 ff., 91 ff. — v. Wächter, Württ. P.R. I 564 ff. Beseler, Z. f. D. R. X 105 ff. Baumeister, Hamb. P.R. I 168 ff. Grefe, Hannov. P.R. II 96 ff., 344 ff., 477 ff.; Leonhardt, Zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigentum, Hannover 1843, S. 42 ff.; v. Bar, Hannov. Hypothekenr. S. 1 ff. Roth, Bayr. Civilr. II 376 ff. — Koch, Preufs. Privatr. I § 227; Dernburg u. Hinrichs a. a. O. S. 1 ff. — Johanny, Geschichte und Reform der österreichischen Pfandrechts-Pränotation, Wien 1870. — Huber, Schweiz. P.R. IV 797 ff. — Über das französ. R. Zachariae-Crome II 8 ff., Egger a. a. O. (oben § 155 Anm. 1) S. 166 ff., 210 ff., 370 ff.

[12] So nach Freiburg. Stadtr. v. 1520 II 8, 4; Solms. L.O. II 15, 1; Frankf. Ref. II 18, 2—3; revid. Lüb. R. III 4, 1; Hamb. Stadtr. II 4, 4; Lüneb. Ref. II 17 u. 19; Hannov. Stadtr. b. Grefe II 108; Mecklenb. Stadtr. b. Beseler, Z. f. D. R. X 105 ff.; Münchner Stadtr. Art. 32; Ulmer Stadtr. b. Roth, Bayr. C.R. II 376 ff.; Stadtr. v. Nördlingen b. Arnold II 495. Ferner nach den

Digitized by Google

irgend einer Weise gerichtlich oder sonst behördlich verlautbart und mitunter bestätigt[13]. Die rechtliche Bedeutung solcher Formen aber wurde ungleich bestimmt.

Unter dem Drucke des römischen Rechts beschränkten die meisten Partikularrechte sich darauf, der gerichtlich bestellten oder verlautbarten Hypothek ein Vorzugsrecht im Sinne des römischen pignus publicum beizulegen[14]. Die Verpfändung durch einfachen Vertrag einschliefslich der Verpfändung des ganzen Vermögens wurde also als wirksam anerkannt, mufste aber hinter einer Liegenschaftsverpfändung in deutschrechtlicher Form zurückstehen[15]. Das Vorzugsrecht versagte gegenüber den aus dem

---

Württemb. Landr. I p. 189, II p. 230, III T. II Tit. 7 § 3; Herzogl. Preuſs. L.R. v. 1620 IV 5 Art. 5; Hadeler Landr. II 9, vgl. v. Bar S. 8 Anm. 22; Kurtrier. Landr. XIII § 2—5. Österr. Rechte b. Johanny a. a. O. S. 32 ff.

[13] Gerichtliche Insinuation und Konfirmation nach Kursächs. Konst. v. 1572 II c. 23 u. Proz.O. v. 1622 t. 46 § 2. Gerichtliche Insinuation nach Kurköln. Rechtsordn. v. 1663 XIII § 1, Kurpfälz. Landr. II 16 § 2. Anmeldung bei der Behörde nach Braunschw.-Lüneb. V. v. 1712 u. 1739, vgl. Leonhardt S. 5 ff. Über abschwächende Umbildung der alten Publizitätsformen in der Schweiz vgl. Huber IV 803 Anm. 20, 804 Anm. 25. Über die ziemlich schwächlichen Versuche der allgemeinen Durchführung von Publizitätsformen in Frankreich Egger S. 373 ff.

[14] In Württemberg hielten die beiden ersten Landrechte v. 1555 u. 1567 noch an dem Erfordernis gerichtlicher Bestellung bei jeder Konventionalhypothek fest, das Landr. v. 1610 aber lieſs dies fallen, und nur ein Vorzugsrecht der gerichtlichen Hypothek vor anderen Konventionalhypotheken blieb wenigstens in der Praxis und nach Ges. v. 19. März 1736 anerkannt; vgl. Wächter I 564 ff., 575 ff. Die Kurköln. Rechtsord. v. 1663 XIII § 1 fordert nach ihrem Wortlaut gerichtliche Insinuation zur Gültigkeit, nach der Erläut. v. 1767 aber gewährt sie nur ein Vorzugsrecht. Sogar gegenüber der unzweideutigen Fassung des Lüb. R. III, 4 Art. 1 behauptete Mevius, Comm. Nr. 58 sq., die Gültigkeit der Verpfändung „nudo pacto" und bloſsen Vorrang der öffentlichen Hypothek, drang aber hiermit nicht durch.

[15] So nach württ. R. seit 1610 (oben Anm. 14), kursächs. R. (oben Anm. 13), hadeler, herzogl. preuſs. u. kurtrier. R. (oben Anm. 12), Hamb. Stadtr., Lüneb. Ref. und anderen in Anm. 12 angef. Stadtrechten. Ferner Stadtr. v. Lauenburg III c. 6, v. Ratzeburg u. v. Peina b. Pufendorf III 328, IV 233 u. 328. Bamberger Landr. II 4 § 24—25. Niederösterr. L.O. v. 1573 II 16. Würzburger V. v. 30. Okt. 1648 u. 1. Aug. 1704. Bayr. L.R. II c. 6. In Hannover noch nach der V. v. 13. Juni 1828 (bis 1864). — Unter den auſsergerichtlichen Konventionalhypotheken galt wieder der namentlich der notariellen Verpfändung zugute kommende Vorzug des pignus quasi publicum; Kursächs. Konst. II c. 23. Das Preuſs. L.R. v. 1721 IV 5 Art. 5 § 4—5 erkannte überhaupt eine auſsergerichtliche Konventionalhypothek nur in der Form des pignus quasi publicum an.

Digitized by Google

fremden Recht übernommenen und vielfach noch vermehrten speziellen und generellen gesetzlichen Pfandrechten[16] und Pfandprivilegien[17]. Nur selten griff es auch gegenüber nicht eingetragenen gesetzlichen Pfandrechten durch[18].

Manche Partikularrechte gingen weiter und schrieben im Falle rechtsgeschäftlicher Pfandsetzung ausschliefslich der deutschrechtlichen Form rechtsbegründende Kraft zu[19]. Damit wurde zugleich die vertragsmäfsige Generalhypothek hinfällig. Dagegen blieben die gesetzlichen Pfandrechte und die Pfandprivilegien hiervon unberührt[20]. Doch wurde mitunter die Wirksamkeit der gesetzlichen Generalhypothek in Ansehung der einzelnen Liegenschaft von der Eintragung in das öffentliche Buch abhängig gemacht[21].

---

[16] Als stillschweigende Spezialhypotheken begegnen neben dem Pfandrechte dessen, der Geld zur Wiederherstellung oder Erhaltung eines Gebäudes geliehen hat, namentlich ein Pfandrecht wegen rückständiger Kaufgelder und ein Pfandrecht der Bauhandwerker. Als gesetzliche Generalhypotheken wurden die der Ehefrau am Vermögen des Ehemanns, der Kinder am Vermögen der Eltern (besonders bei zweiter Ehe) und des Mündels am Vermögen des Vormunds aufgenommen und fortgebildet, oft aber solche der juristischen Personen am Vermögen ihrer Verwalter, des Fiskus und der Gemeinde wegen Steuerforderungen und zum Teil auch wegen Kontraktsforderungen, der Gutsherrn wegen der bäuerlichen Gefälle, der piae causae wegen aller Forderungen u. a. hinzugefügt. Vgl. z. B. Nürnb. Ref. XXI; württ. R. b. Wächter I 566 ff.; Kursächs. Konst. II c. 24 sq. Näheres b. Stobbe-Lehmann § 146 X. — Über das französ. R. Egger S. 253 ff., 361 ff.

[17] Gemeines R. b. Dernburg, Pfandr. II § 152—156, Windscheid I § 246. Dazu württ. R. b. Wächter I 579 ff., Nürnb. Ref. XXII, Kursächs. Pr.O. v. 1622 t. 42 sq., Kurtrier. Landr. XII § 6 ff., Bayr. G.O. v. 1753 XX, 5—8. Französ. R. b. Egger S. 294 ff., 368. — Für den Fall des Konkurses wurden in den Prioritätsordnungen auch zahlreiche persönliche Forderungen mit Privilegien ausgestattet, die den Pfandrechten Abbruch taten; vgl. v. Schwind S. 32 ff., 48 ff., 51 ff., 81 ff. Doch gewährte die Praxis den Pfandgläubigern, die ihr Recht von einem früheren Eigentümer herleiteten, ein die Privilegien brechendes Separationsrecht; Dernburg a. a. O. § 156, Windscheid a. a. O. Anm. 11. Nur langsam brach sich das allgemeine Absonderungsrecht der Pfandgläubiger Bahn.

[18] So teilweise Hamb. Stadtr. II 4—5, V 1, vgl. Baumeister I 229 ff. In noch weiterem Umfange Preufs. Hyp.- u. Konk.O. v. 1722 § 153—158, 177. Allgemein Schleswig-Holst. Ges. seit 1698; Seestern-Pauly, Grundbuchrecht S. 232.

[19] So die beiden ersten Württ. Landrechte (oben Anm. 14); Freib. Stadtr. v. 1520 II 8, 4; Solms. L.O. II 15, 1; Frankf. Ref. II 18, 2; Kurpfälz. Landr. II 16 § 2; Gotha. Proz.O. v. 1670; Altenburg. Proz.O. v. 1744.

[20] Nur ihre Zahl wurde bisweilen vermindert.

[21] Kurköln. Rechtsordn. v. 1663 XIII, 2; Kurpfälz. Landr. II 16 § 2. — Über

Vereinzelt endlich blieb die deutschrechtliche Form das alleinige Mittel der pfandrechtlichen Grundstücksbelastung[22]. Und seit dem Beginn des achtzehnten Jahrhunderts wurde die Rückkehr zu diesem System in mehreren Staaten angebahnt[23]. In Kursachsen wollte bereits die erläuterte Prozeſsordnung von 1724 den Grundsatz der ausschlieſslichen Geltung der gerichtlichen Hypotheken vorbehaltlos durchführen[24], wurde jedoch bald wieder durchlöchert[25]. Auch in anderen Staaten näherte man sich dem Ziel[26]. Endgültig erreicht wurde es zuerst in Preuſsen, wo freilich bei der besonders durch die Hypotheken- und Konkursordnung vom 14. Februar 1722 in Fluſs gebrachten Verallgemeinerung und allmählichen Vervollkommnung der Hypothekenbücher immer noch Reste des gemeinen Pfandrechts bestehen blieben[27], mit der Einführung des allgemeinen Landrechts aber jede nicht eingetragene

---

andere Abschwächungen der Generalhypotheken vgl. Stobbe-Lehmann § 146 Anm. 49, 51, 52, 54.

[22] So in München nach Stadtr. Art. 32 u. Grundb.O. v. 1572 u. 1628; in Ulm nach Ver. v. 1579, 1616 u. 1683; in Nördlingen nach Stat. v. 1650 II 9 (Arnold II 495); in Lübeck nach Stadtr. III 4, 1; in eigentümlicher Ausgestaltung auch in Bremen.

[23] Auch in der Theorie fand nunmehr die deutsche gerichtliche Hypothek Beachtung; vgl. z. B. J. H. Boehmer, Exerc. ad Pand. III 60 c. 1 u. 2, der die hypothecae judiciales secundum jura Germaniae provincialia der römischen hypotheca publica entgegensetzt und ihre Vorzüge darlegt.

[24] Tit. 43—46. Die rechtsbegründende Kraft wurde in das richterliche Konfirmationsdekret verlegt, es erfolgte aber außerdem eine Eintragung in die Konsensbücher. Alle gesetzlichen Pfandrechte sollten für die Zukunft wegfallen, die bestehenden aber binnen 6 Jahren in gerichtliche Hypotheken verwandelt werden.

[25] Eine V. v. 24. Sept. 1734 stellte eine Anzahl von hypothecae tacitae wieder her, die erst das Mandat v. 4. Juni 1829 beseitigte. Vgl. Haubold § 207, Siegmann, Sächs. Hypothekenr. S. 5 ff.

[26] So teilweise in Mecklenburg; Erbvergleich v. 1755 § 371, Beseler, Z. f. D. R. X 110 ff., 127 ff. In Kurmainz; Landr. v. 1755 t. 19. In Nassau 1774. Vgl. auch oben Anm. 18.

[27] Das weitergehende Programm des Ediktes v. 28. Sept. 1693 für Berlin blieb unausgeführt. Die H.- u. K.O. v. 1722 hielt grundsätzlich am gemeinen Hypothekenrecht fest, mit dem auch die Proz.O. v. 3. April 1748 (Projekt des Corp. Jur. Frid.), die Schles. Hyp.O. v. 4. Aug. 1750 und selbst die Hyp.O. v. 20. Dez. 1783 nicht brachen. Doch wurden die außergerichtlichen Vertragshypotheken mehr und mehr ihrer Bedeutung entkleidet, das pignus quasi publicum abgeschafft, die gesetzlichen Pfandrechte und Privilegien schrittweise vermindert und geschwächt. Näheres b. Dernburg u. Hinrichs S. 5 ff.

Digitized by Google

Hypothek verschwand[28]. Ebenso legte die österreichische Kodifikation das Eintragungsprinzip zugrunde[29].

So wurde schliefslich die Gebundenheit an die deutschrechtliche Erscheinungsform zum Wesensmerkmal der modernen Hypothek. Die Eintragung wurde zum alleinigen Mittel der Begründung und Rangbestimmung jeder Hypothek, die gesetzlichen und richterlichen Pfandrechte verwandelten sich in blofse Pfandtitel, die Generalhypotheken und die Pfandprivilegien wurden beseitigt. Damit aber waren die grofsen Prinzipien der Publizität, der Spezialität und des unbedingten Altersvorzuges zurückerobert und konnten mit der Verbesserung der Bucheinrichtungen immer strenger und reiner durchgeführt werden.

2. In ihrem inneren Bau beruht die moderne Hypothek auf einer Umbildung des römischen Pfandrechts durch deutschrechtliche Gedanken.

Das der Satzung zugrunde liegende Prinzip der reinen Sachhaftung, das vereinzelt noch nach der Rezeption festgehalten wurde[30], ging unter, seitdem der Begriff einer Schuld ohne Haftung abhanden kam. Allein obschon nunmehr jedes Pfandrecht lediglich als Sicherungsmittel für eine persönlich verhaftende persönliche Schuld erschien, brach sich bei der Hypothek allmählich wieder die Selbständigkeit des dinglichen Rechtsverhältnisses Bahn. Hierfür war es bedeutungsvoll, dafs Partikularrechte, indem sie dem nicht persönlich verhafteten Pfandbesitzer das beneficium excussionis versagten, die subsidiäre Sachhaftung des römischen Rechts durch prinzipale Sachhaftung ersetzten[31]. In gleicher Richtung wirkte die Fortdauer der Auffassung des Pfandrechts als eines Wertrechtes[32]. Entscheidend aber war, dafs sich gegenüber der römischen Vorstellungsweise, nach der das dingliche Rechtsverhältnis sich notwendig in der Haftung der Pfandsache

---

[28] Preufs. A. L.R. I, 20 § 411—412; Dernburg u. Hinrichs S. 23.

[29] Österr. Gb. § 451. Über die Vorgeschichte Randa, Eigent. § 18.

[30] So in Danziger Willkür v. 1597 II 2, 7—8, 1761 III 2, 8; b. Stobbe, Krit. V.Schr. IX 309 ff.

[31] Worms. Ref. V 3 tit. 11 s. 3; Frankf. Ref. II 18, 8; Kurköln. Rechtsordn. v. 1663 XIII 3; Kurtrier. Landr. XIII 5; Decis. El. Saxon. v. 1746 d. 7. — Vgl. dazu Egger S. 190 ff., 199.

[32] Sie tritt namentlich in den Bestimmungen zutage, die dem zweiten Pfandgläubiger nur ein Recht an der „Übermafs oder Besserung“ zuschreiben; Worms. Ref. V 3 tit. 2 s. 12; Freiburg. Stadtr. II 8, 7; Nürnb. Ref. XX 3 § 1; Hamb. Stat. II 4, 5; Bayr. L.R. II 6 § 8 Nr. 3.

Digitized by Google

erschöpft, bei der deutschen Hypothek unwiderstehlich der Gedanke einer mit der Sachhaftung verbundenen dinglichen Schuld durchsetzte. Dieser Gedanke entstammte nicht der Satzung, sondern dem Rentenkauf[33]. Er blieb lebendig, soweit der Rentenkauf fortblühte[34], und mufste notwendig in das Grundpfandrecht übergehen, wo dieses, wie vielfach in der Schweiz, aus dem Gültrecht hervorwuchs[35]. Allein er wurde auch bei uns vom Rentenkauf, als diesen das verzinsliche hypothekarische Darlehen verschlang, auf die Hypothek vererbt[36]. Freilich kam er nicht zu klarem Ausspruch[37]. Aber er beherrschte das Leben, das immer in der Hypothek zugleich eine Grundverschuldung erblickte, und bestimmte als geheime Triebkraft den Gang der Gesetzgebung, die in immer wachsendem Mafse Elemente der Reallast in die Hypothek aufnahm[38]. Nunmehr konnte die Hypothek, insoweit sie Haftung für dingliche Schuld war, sich zu voller Selbständigkeit gegenüber der persönlichen Schuld entfalten. Ja, sie konnte sich von jeder persönlichen Schuld ablösen und in eine neue Form der reinen Sachhaftung übergehen, die sich von der alten deutschen Pfandhaftung nur durch die von der Reallast entlehnte Verdinglichung der Schuld („Grundschuld") unterschied.

Verdankte so die moderne Hypothek ihren selbständigen dinglichen Inhalt hauptsächlich dem Rentenkauf, so hat sie den Charakter

---

[33] Vgl. oben § 148 III 4 S. 711 ff., § 151 VII S. 757, § 155 IV S. 825 ff.

[34] Vgl. oben § 151 S. 764 Anm. 61—62.

[35] Vgl. oben § 151 S. 763 Anm. 59; Huber III 438 ff., IV 801 ff., 813 ff. Näheres z. B. über die Luzerner „Hypothek", die in Wahrheit eine Gült mit rein dinglicher Schuld ist, b. Sidler S. 15 ff., 61 ff.; über den „Zedel" in Appenzell, der überwiegend Gült ist, aber mit hinzugefügter persönlicher Haftung, bei Hofstetter S. 27 ff., 54 ff.; über die Entwicklung in Zug, wo das grundversicherte Darlehn zuerst neben die Gült trat, später aber die Grundsätze der Gült in die „Hypothek" eindrangen, b. Stadlin S. 90 ff., 107 ff.

[36] Wenn Sohm S. 8 u. 17 ff. den Schuldinhalt der modernen Hypothek unmittelbar aus der Satzung herleiten will, so beruht dies auf der Nichtunterscheidung von Schuld und Haftung.

[37] Zugrunde lag er der seit dem 17. Jahrh. in der Theorie (z. B. von Carpzov, Jurispr. for. I 2, 9) verteidigten und vielfach in der Praxis durchgedrungenen Ansicht, dafs die Hypothekenklage gegen den dritten Pfandbesitzer alternativ auf Zahlung oder Herausgabe gerichtet werden könne. Nach der romanistischen Auffassung war nur die Klage auf Herausgabe zulässig. Vgl. Glück, Komm. XVIII 335 ff., Roth, D.P.R. III 518—519.

[38] Wie auch im französischen Recht die neuere Hypothek mit Elementen der Satzung solche des Rentenrechts verband, die Entwicklung aber hier unterbunden wurde, hat Egger S. 175 ff., 200 ff., 381 ff. eingehend dargelegt.

Digitized by Google

als Vollstreckungspfand von der jüngeren Satzung übernommen. Die Partikularrechte nahmen das Verbot der Verfallklausel und die allgemeine Zulassung des Pfandverkaufes aus dem römischen Rechte auf[39], hielten aber regelmäfsig daran fest, dafs das Verkaufsrecht des Gläubigers nur unter gerichtlicher Mitwirkung ausgeübt werden dürfe[40]. Die späteren Gesetze schlossen bei der Hypothek grundsätzlich jedes aufsergerichtliche Verkaufsrecht aus und eröffneten dem Gläubiger zur Erlangung der Befriedigung aus dem Grundstück ausschliefslich den Weg der gerichtlichen Zwangsvollstreckung. Zugleich bildeten sie das besondere Vollstreckungsverfahren in Liegenschaften immer sorgfältiger aus und führten neben dem Zwangsverkaufe als minder einschneidende Mafsregel zur Befriedigung der Gläubiger die Zwangsverwaltung ein[41].

Aus dem römischen Recht stammt die kapitalistische Prägung der modernen Hypothek, während ihre Abwandlungen im Sinne der Grundrente an den deutschen Rentenkauf anknüpfen[42]. Andererseits lieferte das deutsche Recht die Mittel, um die Hypothek verkehrsfähig zu machen und so den Grund und Boden in Form negoziabler Wertanteile zu mobilisieren[43].

IV. Die neuere Gesetzgebung. Im neunzehnten Jahrhundert baute die Gesetzgebung der deutschen Einzelstaaten immer allgemeiner das Grundpfandrecht im Sinne der modernen Hypothek aus[44], bis schliefslich das gemeine römische Recht sich nur noch

---

[39] Vgl. z. B. Worms. Ref. V 3 t. 9 s. 5; Freib. Stadtr. II 8, 13; Jülich-Berg. Landr. 104 § 6; Hadeler Landr. II 10; Hamb. Stadtr. II 4, 10; Kurköln. Ref. fol. 67; Preuſs. L.R. v. 1620 IV 5 Art. 4 § 6; Bayr. L.R. II 6 § 18. Doch blieb oft die Vereinbarung des Anfalls zum Schätzungswert zulässig.

[40] Worms. Ref. V 3 t. 9 s. 9, t. 11 s. 4; Freib. Stat. II 8 § 3; Nürnb. Ref. v. 1522 XXIII § 10, 1567 XI § 5 ff.; Preuſs. L.R. v. 1620 IV 5 Art. 9 § 1, vgl. I 51; Bayr. R. b. v. Schwind S. 75 ff., 78 ff.

[41] Vgl. v. Schwind S. 30, 34 ff., 38 ff., 46 ff., 50, 66 ff., 78 ff. — Über die besondere Entwicklung in Österreich, wo statt des in Deutschland fast überall durchgedrungenen Feilbietungsverfahrens das Überantwortungsverfahren die Grundlage blieb, vgl. B. Pick, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XXIII 229 ff. v. Schwind S. 90 ff.

[42] Vgl. oben § 151 X S. 762 ff.

[43] Diese Mittel — Behandlung als Wertrecht und Verkörperung in Wertpapieren — waren schon bei dem Rentenkauf ausgebildet; oben § 151 VI S. 757.

[44] Über diese Gesetzgebung vgl. Mascher, Das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen, Berlin 1869; Beseler § 103; Roth, D.P.R. III § 292 ff.; Gerber-Cosack § 152 ff.; Stobbe-Lehmann § 147 ff. Ferner die einzelnen Bände des seit 1871 erschienenen Sammelwerks: Deutsches Hypothekenrecht, nach den Landesgesetzen der größeren deutschen Staaten systematisch dar-

Digitized by Google

in wenigen kleinen Bezirken behauptete[45]. Neben die preufsische Hypothekengesetzgebung aus dem Ende des achtzehnten Jahrhunderts[46] traten die Hypothekengesetze für Bayern vom 1. Juni 1822[47] und für Württemberg vom 15. April 1825[48], die Reformgesetze in Sachsen seit 1843[49], die in vieler Hinsicht einflufsreich gewordenen Hypothekenordnungen für die verschiedenen Güterklassen in Mecklenburg[50] und zahlreiche andere Hypothekengesetze[51]. Eine tief eingreifende Fortbildung des Grundpfandrechts vollzog im Zusammenhange mit der Neuordnung des gesamten Grundbuchrechts das preufsische Gesetz vom 5. Mai 1872, das nach und nach in fast alle Gebietsteile der Monarchie eingeführt und

---

gestellt, herausg. von v. Meibom. Auch die Motive zum Entw. III 9 ff., 170 ff., 598 ff.

[45] Zuletzt nur noch in Hessen-Homburg und dem Ratzeburgschen Teil von Mecklenburg-Strelitz; Motive III 171.

[46] Oben Anm. 27—28. Die Hypothekenordnung v. 20. Dez. 1783 galt neben dem Landr. I, 20 § 390—535 fort; unwesentliche Änderungen durch Ges. v. 24. Mai 1853. Literatur b. Dernburg u. Hinrichs I 79 ff.

[47] Dazu Prioritäts-O. de eod. u. Nov. v. 29. Mai 1888. Kommentar von Gönner, 2 Bde., München 1823 u. 24, ergänzt von Graf 1868. Regelsberger, Das Bayrische Hypothekenrecht (v. Meibom III), 1874—77, 3. Aufl. 1896. Weitere Lit. daselbst S. 20 ff.

[48] Dazu Ges. v. 21. Mai 1828. Reyscher § 307 ff. Wächter, Erörter. I 137 ff. Römer, Das Württemb. Unterpfandsrecht (v. Meibom VI), 1876. Lang, Sachenrecht Bd. II, 2. Aufl. 1893.

[49] Ges. v. 6. Nov. 1843, B.G.B. § 369 ff., Ver. v. 1865 u. 1890. Kommentare v. Heyne, 1845 u. 46, Siegmann, 1872. Siegmann, Das Kön. Sächs. Hypothekenrecht (v. Meibom IV), 1875.

[50] Bes. Hyp.O. für Büdner u. Erbzinsleute auf dem Domanium v. 12. März 1814; Hyp.O. für die ritterschaftlichen Landgüter v. 12. Okt. 1819, revid. v. 18. Okt. 1848; Stadtbuch-O. v. 22. Dez. 1829, revid. v. 21. Dez. 1857 mit Zusatz v. 21. Mai 1883; Domanial-Hyp.O. v. 2. Jan. 1864; Ges. v. 8. Apr. 1869; V. v. 3. Mai 1879. v. Meibom, Das Mecklenburgsche Hypothekenrecht (in seiner Sammlung II), 1871; Ergänzungsband von v. Kühlewein (ebenda IX), 1889.

[51] Oldenburg. Hypotheken-, Konkurs- u. Vergantungs-O. v. 11. Okt. 1814. — Sachsen-Weimar. Pfandges. v. 6. Mai 1839 mit Novellen v. 1847, 1853 u. 1865. — Reufs ä. L. Hyp.O. v. 24. Dez. 1845. — Nassau. Pfandges. v. 15. Mai 1851; Bertram § 320 ff. — Altenburg. G. v. 13. Okt. 1852. — Gotha. G. v. 22. Okt. 1854 u. 9. Juli 1859. — Reufs j. L. G. v. 20. Nov. 1858. — Koburg. G. v. 24. Mai 1860. — Meining. G. v. 15. Juli 1862. — Waldeck. G. v. 8. Juni 1863. — Hannov. Hyp.O. v. 14. Dez. 1864, v. Bar, Hannov. Hypothekenrecht (v. Meibom I), 1871. — Anhalt. G. v. 13. Apr. 1870. — Preufs. Ges. f. Hohenzollern v. 24. Apr. 1854, Bezirk Ehrenbreitenstein v. 2. Febr. 1864, Neuvorpommern u. Rügen v. 21. März 1868. — Braunschw. Ges. b. Steinacker S. 450 ff. — Reformgesetze in den Hansestädten, bes. Lüb. Hyp.O. v. 22. März 1820, neue v. 5. Mai 1880, Brem. revid. Erbe- u. Handfesten-O. v. 30. Juli 1860, Hamburg. G. v. 4. Dez. 1868.

Digitized by Google

in anderen Staaten nachgebildet wurde[52]. Auch das Hypothekenrecht der französischen Kodifikation, das sich am sprödesten gegen die neuen Gedanken verhielt[53], wurde auf deutschem Boden schliefslich im Sinne des modernen Systems umgestaltet[54]. Aufserhalb des deutschen Reichs vollzog sich auf deutschrechtlicher Grundlage eine Weiterbildung des Hypothekenrechts in Österreich[55] und eine sehr mannigfache Entwicklung des Grundpfandrechtes in der Schweiz[56].

Diese umfassende Gesetzgebung ging nicht nur in Einzelfragen, sondern auch in Grundfragen vielfach weit auseinander. Übereinstimmend zwar zielten alle Reformen auf möglichst folgerichtige Durchführung der Grundsätze der Publizität und der Spezialität ab. Allein im übrigen wurden nicht nur durch den ungleichen Bau des Liegenschaftsrechtes überhaupt, wie namentlich durch den Gegensatz zwischen Grundbuchsystem und blofsem Hypothekenbuchsystem, das verschiedene Mafs der richterlichen Prüfung und die ungleiche Ausbildung des dinglichen Rechtsgeschäfts tiefgreifende Unterschiede begründet, sondern auch die rein hypothekenrechtlichen Fragen der gröfseren oder geringeren Selbständigkeit des dinglichen Rechts, des Grades seiner Beweglichkeit und des Verhältnisses zwischen Kapital- und Rentenschuld in sehr ungleicher Weise gelöst.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat einheitliches deutsches

---

[52] Oben § 117 S. 289 Anm. 97—99. Dernburg u. Hinrichs, Das Preufs. Hypothekenrecht (v. Meibom VIII), 1877 u. 91, Dernburg, Preufs. P.R. I § 313 ff., Förster-Eccius III § 190 ff., sowie die oben § 117 Anm. 97 angef. Literatur.

[53] Darstellung bei Puchelt, Das französ. Privilegien- u. Hypothekenrecht (v. Meibom VII 1), 1876; Zachariae-Crome II § 226 ff. Zur Geschichte der Kodifikation Egger S. 376 ff.

[54] Das rheinische Hypothekenrecht in seinen Abweichungen vom französ. R. (v. Meibom VII 2), 1876: Dreyer Elsafs-Lothringen; Gorius Preufs. Rheinprovinz; Heinsheimer Baden; Thoma Rheinbayern; Lippold Rheinhessen. Spätere Veränderungen in Baden durch Ges. über die Unterpfandrechte v. 29. März 1890; in Rheinpreufsen durch G. v. 25. März 1885; in Rheinbayern durch G. v. 26. Apr. 1888; in Rheinhessen durch G. v. 10. Mai 1893; in Birkenfeld durch G. v. 23. März 1891; in Elsafs-Lothringen durch G. v. 24. Juli 1889. Vgl. oben § 117 S. 287 Anm. 86—87.

[55] Durch das Grundbuchges. v. 25. Juli 1861. Exner, Das Österreichische Hypothekenrecht (v. Meibom V), 1876 u. 81.

[56] v. Wyfs, Z. f. schweiz. R. XVII 91 ff., XIX 3 ff.; Huber III 435 ff.; oben § 151 S. 763 Anm. 59. Hervorzuheben: Zürch. Gb. § 325 ff. (776 ff.); Bündner Gb. § 286 ff.; S. Galler Hyp.Ges. v. 26. Jann. 1832.

Digitized by Google

Recht geschaffen[57]. Es schöpfte überwiegend aus dem bisherigen preufsischen Recht, zum Teil aber auch aus anderen Quellen. In dem Bestreben, den auseinandergehenden Anschauungen und Bedürfnissen möglichst gerecht zu werden, verzichtete es auf Einfachheit und schuf eine Fülle verschiedener Arten und Unterarten des Grundpfandrechts, zwischen denen es den Beteiligten die Wahl läfst. Dabei bedient es sich nicht einmal eines gemeinschaftlichen Gattungsnamens, sondern scheidet von vornherein „Hypothek", „Grundschuld" und „Rentenschuld" und spaltet überdies von der gewöhnlichen Hypothek die „Sicherungshypothek" ab. Gleichwohl bleiben diese verschiedenen Rechte an Grundstücken nahe verwandte dingliche Rechte gleicher Gattung, wie dies schon darin zutage tritt, dafs jedes von ihnen in jedes von ihnen umgewandelt werden kann[58]. Als passendster Gattungsname bietet sich, obschon das B.G.B. den Ausdruck „Pfandrecht" überhaupt aus dem Liegenschaftsrecht verbannt, nach wie vor der Name „Grundpfandrecht" dar[59]. Nur hat dieses Grundpfandrecht wenig mehr mit dem römischen Pfandrecht und noch weniger mit dem nur an beweglichen Sachen und Rechten möglichen „Pfandrecht" des geltenden Rechts gemein.

Das neue Recht ist von der Anlegung des Grundbuches an auch für früher entstandene Grundpfandrechte mafsgebend[60]. Abweichend von den sonstigen begrenzten dinglichen Rechten bestehen

---

[57] B.G.B. Buch III Abschn. 8. Vgl. M. Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- u. Grundschuldrecht des Entwurfs, 1895; B.G.B., Vorträge, 2. Aufl., Mannheim 1900, S. 501 ff. H. O. Lehmann b. Stobbe § 155 ff.; b. Enneccerus und Lehmann, 2. Aufl., II 251 ff. H. Oberneck, Das Hypothekenrecht des B.G.B., 1897. M. Mittelstein, Das Hypothekenrecht des B.G.B., 1898. Strohal, Jahrb. f. D. XXXI 280 ff. v. Schwind a. a. O. S. 102 ff. Endemann, Lehrbuch II § 114 ff. Cosack, Lehrb. § 221 ff. Dernburg, B.R. III § 206 ff. Landsberg, B.R. S. 735 ff. Buchka (2. Aufl.) S. 231 ff. Förtsch S. 314 ff. Leske S. 493 ff. Kommentare von Biermann, Kober, Planck, E. Fuchs, Meisner u. A. zu B.G.B. III Abschn. 8.

[58] B.G.B. § 1186, 1198, 1203. Dabei bedarf es keiner Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten.

[59] Dieser Name (oder der umständlichere „Grundstückspfandrecht") hat sich in der Literatur schon ziemlich eingebürgert. Der Schweiz. Entw. Tit. 22 hat den allgemeinen Begriff „Grundpfand" mit den Hauptarten „Grundpfandverschreibung", „Schuldbrief" und „Gült".

[60] Bis dahin gilt das bisherige Recht, soweit nicht das Landesgesetz für die Zwischenzeit Abweichendes bestimmt; E.G. Art. 189. Eine allgemeine Regelung für die Zwischenzeit findet sich im Elsafs-Lothring. A.G. z. B.G.B. § 87 ff.; hier gelten auch die inzwischen begründeten Hypotheken als Sicherungshypotheken des neuen Rechts (§ 100).

Digitized by Google

sie nicht mit ihrem bisherigen Inhalt fort, sondern sind nach reichs- und landesgesetzlichen Vorschriften in die ihnen ähnlichsten Formen des neuen Grundpfandrechtes übergegangen[61].

§ 157. Die Prinzipien des Grundpfandrechtes.

I. Publizität. Das Prinzip der Publizität, das beim Grundpfandrecht zuerst wieder durchgedrungen ist, beherrscht heute das gesamte Liegenschaftsrecht, hat aber für das Grundpfandrecht eine besondere Bedeutung. Da ihm zufolge ein Grundpfandrecht nur durch Bucheintrag entsteht[1], gibt es keine gesetzlichen oder stillschweigenden Grundpfandrechte[2]. Da ferner die Eintragung den Rang der Grundpfandrechte wie aller begrenzten dinglichen Rechte an Grundstücken bestimmt[3], sind Pfandprivilegien ausgeschlossen[4]. Da endlich die Vermutung aus dem Bucheintrage und der öffentliche Glaube des Buches sich auf die Grundpfandrechte erstrecken[5], entfaltet auch der bloſse buchmäſsige Schein des Bestandes oder

---

[61] E.G. Art. 192—195. Habicht S. 468 ff. Niedner, Komm. zum A.G., 2. Aufl. S. 402 ff.

[1] Oben § 119 III S. 311 ff. Über eine Ausnahme unten § 163 I 2. Landesrechtliche Ausnahmen sind an sich auf einem vorbehaltenen Gebiete möglich, kommen aber kaum vor. Bis zur Anlegung des Grundbuches bleibt die Entstehung ohne Eintragung auf Grund des bisherigen Rechts möglich. Doch hat dies fast nur für einzelne Teile des rheinischen Rechtsgebiets Bedeutung und ist in Elsaſs-Lothringen durch A.G. § 87 ausgeschlossen. Vgl. Habicht S. 438 ff.

[2] Gesetzliche Hypotheken älterer Herkunft, die indes fast nur noch auf Grund des rheinischen Rechts vorkommen, sind an sich in Kraft geblieben, bedürfen aber zur Wirksamkeit gegen redliche Dritte der Eintragung in das Grundbuch. (Von der Ermächtigung des E.G. Art. 188 Abs. 2 ist nirgends Gebrauch gemacht.) Doch hat das Landesrecht vielfach sie in bloſse Pfandtitel verwandelt (z. B. Preuſs. A.G. Art. 33 § 4, Bayr. Liegenschaftsges. f. d. Pfalz Art. 1—5, Elsaſs-Lothr. A.G. § 149, 47 Abs. 2), zum Teil sogar ihren Fortbestand an Eintragung geknüpft (Bad. A.G. Art. 40 Abs. 3, Hess. Art. 214, 238 Abs. 2). Vgl. Niedner S. 406 ff., Habicht S. 448 ff., 493 ff., 564 ff., 592 ff., 642 ff.

[3] Vgl. oben § 119 VI S. 321 ff.

[4] Eine Ausnahme gilt nur, soweit gemäſs E.G. Art. 118 das Landesrecht einem Grundpfandrecht (oder Rentenrecht), das dem Staat oder einer öffentlichen Anstalt wegen eines Meliorationsdarlehns zusteht, einen Vorrang einräumt. Der Vorrang bedarf aber zur Wirksamkeit gegen redliche Dritte (in Preuſsen überhaupt zur Entstehung) der Eintragung. Vgl. Preuſs. A.G. Art. 21, Bayr. Art. 170, Sächs. § 30, Kob.-Goth. Art. 38, Rudolst. Art. 122; oben § 151 Anm. 66; Niedner S. 232 ff.

[5] Vgl. oben § 119 VIII u. IX S. 325 ff.

Digitized by Google

Nichtbestandes eines Grundpfandrechts eine rechtliche Wirkungskraft[6].

II. Spezialität. Das Prinzip der Publizität zieht das Prinzip der Spezialität nach sich, das sich in zwiefacher Weise äufsert.

1. Es besagt einmal, dafs das Grundpfandrecht nur als Spezialpfandrecht an einem einzelnen Grundstücke oder gleichgestellten Vermögensgegenstande begründet werden kann, Generalpfandrechte mithin ausgeschlossen sind[7]. Doch werden Gesamtgrundpfandrechte zugelassen, die auf mehreren Grundstücken ungeteilt lasten[8].

2. Es besagt aufserdem, dafs jedes Grundpfandrecht als Belastung mit einer Geldleistung von bestimmter Höhe auftreten und im Grundbuch erscheinen mufs[9]. Die Hypothek kann nur für eine Geldforderung, die regelmäfsige Hypothek nur für eine Forderung auf eine feste Geldsumme bestellt werden; die Grundschuld lautet notwendig auf eine feste Geldsumme, die Rentenschuld auf eine feste Geldrente. Doch können Hypothek und Grundschuld zugleich auf Zinsen gehen, deren Betrag im Grundbuche nur durch Angabe des Zinssatzes ausgedrückt wird. Bei jedem Grundpfandrechte haftet ferner das Grundstück für gewisse in ihrer Höhe aus dem Grundbuch nicht ersichtliche Nebenleistungen. Endlich kann für eine Forderung von unbestimmter Höhe eine besondere Art von Hypothek (Kautions-, Maximal- oder Ultimathypothek) in der Weise bestellt werden, dafs ein Höchstbetrag in Geld als Haftungssumme eingetragen und so nur der Grenzwert der Belastung bestimmt wird[10].

III. Legalität. Die zur Entstehung eines Grundpfand-

---

[6] Soweit das dingliche Recht als solches in Frage steht, gilt dies für jedes (auch das rein akzessorische) Grundpfandrecht. Ebenso nach bisherigem Recht, aber in sehr verschiedenen Umfange. In Preußen wurde auch hier nur der entgeltliche Erwerb geschützt.

[7] So auch nach bisherigem deutschem Recht, während im französ. R. das Prinzip nur insoweit gilt, als das Publizitätsprinzip durchgeführt ist, im übrigen Generalhypotheken anerkannt sind; Roth III § 297; Zachariae-Crome § 243.

[8] Unten § 167.

[9] So auch nach bisherigem deut. R., während im französ. R. das Prinzip nur insoweit gilt, als das Publizitätsprinzip durchgeführt ist; Stobbe-Lehmann § 148 Z. 9, Roth § 297, Zachariae-Crome § 244.

[10] Näheres unten § 159 II u. § 163 III. Das B.G.B. hat übrigens bei der Maximalhypothek das Prinzip der festen Belastungshöhe dadurch gewahrt,

Digitized by Google

rechtes unerläfsliche behördliche Mitwirkung schliefst eine verantwortliche amtliche Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen der Grundstücksbelastung ein. Während aber nach dem älteren System die richterliche Prüfung sich auf die Rechtsgültigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes erstreckte („materielle Legalität")[11], schränkte die neuere Gesetzgebung die Prüfung mehr und mehr auf die äufsere Gesetzmäfsigkeit der sachenrechtlichen Willenserklärungen ein („formelle Legalität")[12]. Heute liegt bei Grundpfandrechten wie bei anderen Rechten an Grundstücken dem Grundbuchamte nur die Prüfung der grundbuchrechtlichen Voraussetzungen der Eintragung ob; jedes Grundpfandrecht wird also, obschon es der Regel nach nur durch Eintragung in Verbindung mit Einigung zustande kommt oder sich ändert („materielles Konsensprinzip"), auch auf Grund gehöriger einseitiger Erklärung des leidenden Teils eingetragen oder umgeschrieben („formelles Konsensprinzip")[13]. Frühere Gesetze dehnten die behördliche Untersuchung auch auf die Zulänglichkeit des Pfandes aus[14]. Auch heute findet in einzelnen Staaten eine amtliche Ermittlung des Grundstückswertes statt, für deren ordnungsmäfsige Vornahme die Schätzer den Grundpfandgläubigern verantwortlich sind[15].

---

dafs es zugunsten des Eigentümers nachstehenden Gläubigern gegenüber den Höchstbetrag als Belastungsbetrag behandelt.

[11] So nach Preufs. H.O. v. 1783 II § 10 ff., 127 ff.; Sächs. Gb. § 387 u. Grdb.O. § 170; Weimar. Pfandges. v. 1839 § 130—131; Altenb. H.O. § 7 u. 145; Reufs ä. L. G. v. 1873 § 36; Reufs j. L. G. v. 1858 § 34; Rudolst. H.O. § 58. Im wesentlichen auch nach Württ. Pf.G. Art. 6 u. 60 u. nach Bayr. H.G. § 96 ff. Vgl. Stobbe-Lehmann § 148 Z. 2; Roth § 305 III 2 u. 3; Römer § 38 ff.; Lang § 175 ff.; Regelsberger § 26 II. — In den sächsischen Ländern erhielt sich zum Teil die Form der richterlichen Konfirmation; Weimar. Pf.G. § 253. In Württemberg erging ein obrigkeitliches Erkenntnis über die Zulässigkeit der Unterpfandsbestellung; Pf.G. Art. 47.

[12] So nach Meckl. H.O. f. Landgüter § 34, Stadtbuch-O. § 54; vgl. v. Meibom § 17. Ebenso nach den Preufs. G. v. 1872 (Grdb.-O. § 46, jedoch nach E.E.G. §. 19 Vorlegung der Schuldurkunde) u. den daraus abgeleiteten Gesetzen; Dernburg, H.R. I 118 ff., II 98 ff. — Vgl. Stobbe-Lehmann § 148 Z. 3.

[13] Oben § 118 VIII 3 S. 299.

[14] Trier. Landr. XIII § 4; Schweiz. Rechte b. v. Wyfs S. 59; Württ. Pf.G. Art. 164 ff., 176 ff., 223 ff.

[15] Württ. A.G. Art. 39—40, Bad. A.G. z. Grdb.O. § 31 ff., Meining. A.G. z. Fr.G.G. Art. 38—40. Erweiterte Haftung auf Grund E.G. Art. 79 nach Bayr. A.G. Art. 87—88, Hess. Art. 76, Kob.-Goth. Art. 20, Sondershaus. Ortsschulzen-Ges. v. 29. Juli 1899. — Amtliche Schätzung mit kantonaler Haftung will der Schweiz. Entw. § 834—835 (Vorentw. § 830—831) bei der Gült einführen.

Digitized by Google

IV. Selbständigkeit. Das Prinzip der Selbständigkeit des Grundpfandrechts setzte sich in der neueren Hypothekengesetzgebung in sehr verschiedenem Grade durch[16].

Die meisten Hypothekengesetze hielten grundsätzlich an dem accessorischen Wesen der Hypothek fest. Allein sie gewährten der Hypothek gleichwohl eine mehr oder minder weitgehende tatsächliche Selbständigkeit. Regelmäfsig banden sie zwar die Entstehung der Hypothek an das Dasein einer persönlichen Forderung, schrieben aber der einmal entstandenen Hypothek eine selbständige Wirkungskraft zu. Insbesondere wurde in dem Mafse, in dem der öffentliche Glaube des Hypothekenbuchs durchgeführt wurde, die Geltendmachung des dinglichen Rechts von dem Fortbestande des persönlichen Schuldverhältnisses unabhängig[17]. Überdies wurde in immer weiterem Umfange die Eigentümerhypothek als Mittel der Erhaltung der Hypothek trotz Unterganges der Forderung ausgebildet[18].

Andere Gesetze behandelten die Hypothek grundsätzlich als ein vollkommen selbständiges dingliches Recht, das unabhängig von dem Dasein oder der Gültigkeit einer Forderung entsteht und von vornherein auch dem Eigentümer selbst zustehen kann. In Hamburg und Lübeck wurde die Selbständigkeit der Hypothek in Verbindung mit einer subsidiären persönlichen Haftung des Eigentümers durchgeführt[19]. In Mecklenburg dagegen wurde nicht nur ausdrücklich die Hypothek für eine „selbständige dingliche Belastung des Gutes" erklärt, sondern auch das Prinzip der reinen Sachhaftung anerkannt[20].

Das preufsische Gesetz von 1872 schlug einen neuen Weg ein, indem es das Grundpfandrecht in Hypothek und Grund-

---

[16] Völlig fremd blieb es dem französ. Recht.

[17] Den Ausdruck hierfür bildete die Beschränkung der Einwendungen aus dem Schuldverhältnis gegenüber dem redlichen Erwerber der Hypothek; Preufs. A. L.R. I, 20 § 423, Anh. § 53; Bayr. H.G. § 25—26; Roth § 313 IV.

[18] Vgl. unten § 166.

[19] Hamb. G. v. 4. Dez. 1868 für alle „Hypothekenposten", die in „Kapitalposten" und „Renteposten" zerfallen; vgl. bes. § 11, 28, 31, 33, 34. Lüb. Stadtbuch-O. v. 1818 u. H.O. v. 1820 u. 1880, hinsichtlich der persönlichen Haftung V. v. 25. März 1848.

[20] Zuerst in der H.O. für Landgüter v. 18. Okt. 1848 § 16; ebenso revid. Stadtb.-O. v. 21. Dez. 1857 § 19 u. Strelitzer Domänen-H.O. v. 24. Dez. 1872 § 12. Sachlich auch in Schwerin. Domänen-H.O. v. 2. Jann. 1854 u. anderen Hyp.O. — Ebenso natürlich in solchen Schweiz. Hypothekenrechten, die an dem Gedanken der Gült festhielten.

Digitized by Google

schuld spaltete. Der Hypothek wahrte es den Charakter eines accessorischen Rechtes mit nur relativer Selbständigkeit[21], bei der Grundschuld führte es den Gedanken der Selbständigkeit vorbehaltlos durch[22].

Das B.G.B. ist auf diesem Wege fortgeschritten und unterscheidet drei Stufen der Selbständigkeit.

1. Die Hypothek ist begrifflich accessorisch, erfreut sich aber einer so gesteigerten tatsächlichen Selbständigkeit, dafs in Wahrheit das dingliche Recht als das Hauptrecht und die Forderung als das Nebenrecht erscheint. Indem in Ansehung der Hypothek alle Publizitätswirkungen des Grundbuchs auf die Forderung erstreckt sind, gewinnt das dingliche Recht eine vom persönlichen Schuldverhältnisse unabhängige Lebenskraft. Auch kann die Hypothek in Gestalt eines Eigentümergrundpfandrechts nicht mehr blofs trotz Unterganges der Forderung fortbestehen, sondern auch trotz Mangels einer Forderung entstehen. Dazu kommt, dafs ein Forderungswechsel möglich ist[23].

2. Die Sicherungshypothek ist begrifflich und tatsächlich accessorisch. Sie bleibt ein zur Sicherung einer Forderung bestimmtes Nebenrecht, das sich nur nach der Forderung, die von den Publizitätswirkungen des Grundbuchs nicht ergriffen wird, richtet. Doch entbehrt auch sie nicht eines gewissen Mafses von Selbständigkeit, da die Vorschriften über die Eigentümerhypothek und den Forderungswechsel auf sie Anwendung finden. Die Sicherungshypothek ist in manchen Fällen die allein zulässige Form des Grundpfandrechts, kann aber in jedem Falle anstatt einer gewöhnlichen Hypothek bestellt werden[24].

3. Die Grundschuld (einschliefslich der Rentenschuld) ist begrifflich und tatsächlich selbständig. Sie entsteht und besteht ohne jeden rechtlichen Zusammenhang mit einer Forderung und

---

[21] Eine Steigerung dieser Selbständigkeit lag in der Erweiterung der Eigentümerhypothek und namentlich in der Zulassung ihrer Umschreibnng auf den Namen des Eigentümers.

[22] Übernommen wurde die Grundschuld neben der Hypothek in den nachgebildeten Ges. f. Oldenburg, Koburg-Gotha, Waldeck, Lippe u. Schaumburg-Lippe.

[23] Unten § 160. In der Hypothek des B.G.B. setzt sich die Hypothek des preufs., aber auch die Hypothek des bayr., sächs., württ. Rechts usw. fort.

[24] Unten § 163. Die Sicherungshypothek des B.G.B. entspricht im Grundgedanken der älteren gemeinrechtlichen und der französischrechtlichen Hypothek. Die neueren deutschen Hypothekengesetze kannten sie meist nur als Maximalhypothek.

Digitized by Google

kann auch von vornherein auf den Namen des Eigentümers eingetragen werden[25].

V. Verkehrsfähigkeit. Die Grundpfandrechte sind übertragbare Vermögensrechte, jedoch in sehr ungleichem Maſse verkehrsfähig.

1. Das Maſs ihrer Verkehrsfähigkeit hängt zunächst von dem Grade ihrer Selbständigkeit ab. Es wächst insbesondere mit der Steigerung des Schutzes, den das Vertrauen auf das Grundbuch genieſst. Darum ist die Sicherungshypothek weder bestimmt noch geeignet, die Rolle eines Verkehrsgegenstandes zu spielen. Ihr gegenüber erscheint die gewöhnliche Hypothek als „Verkehrshypothek“[26]. Bei der Grundschuld fällt von vornherein jedes aus der Unselbständigkeit des dinglichen Rechts stammende Hindernis der Verkehrfähigkeit weg.

2. Weiter aber wird das Maſs der Verkehrsfähigkeit durch die Art der Verbriefung der Grundpfandrechte bestimmt. Denn je nachdem allein die Beurkundung im Buche entscheidende Bedeutung für das Gläubigerrecht hat oder daneben eine für den Gläubiger erteilte besondere Urkunde eine selbständige Rolle spielt, ist das Grundpfandrecht den schwerfälligen Formen des Liegenschaftsverkehrs unterworfen oder erleichterten Formen des Fahrnisverkehrs zugänglich.

Auch in dieser Richtung gingen die Hypothekengesetze weit auseinander. Meist schrieben sie zwar als Regel die behördliche Ausfertigung und Aushändigung eines Hypothekenbriefes (Hypothekenscheines, Hypothekeninstruments, Hypothekendokuments, Pfandbriefes) vor[27]. Allein vielfach legten sie diesem Briefe nur

---

[25] Unten § 164. In der Grundschuld des B.G.B. setzt sich die Hypothek des meckl. R. und die preuſsische Grundschuld fort. Von der selbständigen Hypothek des hansestädtischen Rechts unterscheidet sie sich durch das Prinzip der reinen Sachhaftung.

[26] So nennen sie Dernburg III 613, Endemann II 448, Cosack II § 223, Kober S. 369 u. A. Doch wird dieser Name besser nur für die Briefhypothek gebraucht; so H. Lehmann, B.R. II 259.

[27] Keinen Hypothekenbrief, sondern nur eine Bescheinigung der Inskription auf einem Exemplar der bordereaux und informatorische Abschriften u. Auszüge kennt das französ. R.; Code civ. Art. 2150, 2196, 2198, Zachariae-Crome § 247. Aber auch den Ländern des Grundbuchrechts blieb zum Teil der Hypothekenbrief ganz fremd. So dem Recht von Gr. Hessen (nach G. v. 9. Jan. 1859 nur Vermerk der Eintragung auf der Verpfändungsurkunde), von Hamburg (nach G. v. 1868 § 5 u. 28 nur Buchauszüge), von Lübeck (nach Grdb.O. v. 1880 § 18 ebenfalls nur Buchauszüge), von Österreich (Exner § 32).

Digitized by Google

die Kraft einer öffentlichen Beweisurkunde bei[28], so dafs der Hypothekenverkehr gleichwohl an die Vermittlung durch Bucheintrag gebunden blieb[29]. Dagegen verlieh die preufsische Gesetzgebung dem Hypothekenbriefe die Bedeutung einer Legitimationsurkunde, die an Stelle des Bucheintrages dem Gläubiger die Publizität seines Rechtes verschafft und sowohl bei der Verfügung über die Hypothek wie bei der Geltendmachung der Hypothek zur Legitimation erforderlich und ausreichend ist[30]. In ähnlicher Weise näherten andere Gesetze den Hypothekenbrief einem Wertpapier an[31]. Einzelne Gesetze gingen weiter und erhoben den Hypothekenbrief zu einem echten Wertpapier, dessen Übergabe zur Übertragung der Hypothek unerläfslich ist[32]. Die preufsische Gesetzgebung von 1872 unterschied auch hier Hypothek und Grundschuld und gestaltete, während sie dem Hypothekenbrief die Natur einer blofsen Legitimationsurkunde beliefs, den Grundschuldbrief als vollkommenes Wertpapier aus[33]. Ein noch höheres Mafs von Beweglichkeit erlangte das Grundpfandrecht insoweit, als Pfandbriefe

---

[28] So das bayr. R., H.G. § 115, 170 ff., Regelsberger § 21; das württ. R., Pf.G. Art. 14, 47, 149, 191 ff., 210 ff., Römer S. 162; das sächs. R., V. v. 9. Jan. 1865 § 185 ff.; ferner Weimar. Pf.G. § 260 ff., Altenburg. G. v. 1852 § 193 ff., Reuſs j. L. G. v. 1858 § 192 ff., Reuſs ä. L. G. v. 1873 § 192 ff.

[29] Nach dem sächs. R. und den in Anm. 28 angef. thüring. Rechten (Sächs. Gb. § 438 u. Grdb.O. § 145, Weimar. Pfd.G. § 80, Altenb. § 86 u. 145, Reuſs ä. L. § 83, 144, Reuſs j. L. § 85, 145, auch Meining. Grdb.G. Art. 10 u. Rudolst. H.O. § 34, 76 u. 77) ist ebenso, wie nach Hess. Pf.G. Art. 92, Hamb. G. § 36, Lüb. G. § 43 u. öst. R. (oben Anm. 27), zur Übertragung der Hypothek die Eintragung erforderlich. Nach Bayr. H.G. § 167 u. Württ. Pf.G. Art. 85 erfolgt zwar die Übertragung unabhängig von der Eintragung, ist aber die Eintragung das einzige Mittel, um den Erwerber gegen weitere Verfügungen des bisherigen Gläubigers zu schützen und den Rechtsübergang dem Schuldner gegenüber in Wirksamkeit zu setzen. Vgl. Regelsberger § 87 ff.

[30] So schon die H.O. v. 1783, die den Hypothekenbrief obligatorisch machte. Die Nov. v. 1853 lieſs den Verzicht auf den Hypothekenbrief zu, und hieran hielt die Grdb.O. v. 1872 § 122 fest. Allein auch im Falle des Verzichtes muſs ein Brief erteilt werden, sobald eine Veränderung des Gläubigerrechts stattfindet. Vgl. Dernburg u. Hinrichs II 132 ff.

[31] So die Mecklenb. Ges. den Hypothekenschein; v. Meibom § 19. Ferner Oldenburg., Kob.-Goth., Lipp. u. Sondersh. Ges. nach preuſs. Vorbild.

[32] So Braunschw. E.E.G. § 55; Anhalt. Pf.G. § 35 (nur bei Teilabtretung ist Eintragung erforderlich).

[33] Preuſs. E.E.G. § 53—55, Grdb.O. § 79—83. Auf den Grundschuldbrief kann nicht verzichtet werden, die Übergabe ist zur Abtretung unerläſslich, eine Blankoabtretung auf dem Brief ist zulässig. Ebenso die oben Anm. 22 erwähnten Ges.

Digitized by Google

auf den Inhaber ausgestellt wurden, wie dies seitens der öffentlichen Pfandbriefverbände geschah[84] und zum Teil auch in anderen Fällen zugelassen wurde[85].

Das bürgerliche Gesetzbuch schreibt als Regel sowohl bei der Hypothek wie bei der Grundschuld die Erteilung eines Briefes vor, läfst aber bei beiden Arten des Grundpfandrechts die vertragsmäfsige Ausschliefsung des Briefes zu und schliefst gesetzlich die Erteilung eines Briefes bei der Sicherungshypothek aus. Es behandelt Hypothekenbriefe und Grundschuldbriefe gleichmäfsig als Wertpapiere und unterscheidet sie nur hinsichtlich der Zulassung der Inhaberklausel. Hiernach ergeben sich folgende Arten von Grundpfandrechten:

a. Briefgrundpfandrechte. Die regelmäfsige Hypothek ist Briefhypothek, die regelmäfsige Grundschuld Briefgrundschuld oder Briefrentenschuld[86]. Die Briefe sind Wertpapiere mit dem Charakter von Rektapapieren, die den verbrieften Rechten das hiermit gegebene Mafs von Beweglichkeit verschaffen[87].

b. Buchgrundpfandrechte. Die Sicherungshypothek mufs, jede andere Hypothek kann als Buchhypothek, die Grundschuld kann als Buchgrundschuld oder Buchrentenschuld bestellt werden[88]. Die Verkehrsfähigkeit der Buchgrundpfandrechte ist dadurch beschränkt, dafs ihre Übertragung nur unter Bemühung des Grundbuchs erfolgen kann.

c. Inhabergrundpfandrechte. Hypothekenbriefe können nicht auf den Inhaber lauten, wohl aber können Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder an Order durch Bestellung einer Sicherungshypothek einen grundpfandrechtlichen Inhalt empfangen. Grundschuldbriefe und Rentenschuldbriefe können auf den Inhaber

---

[84] Vgl. unten § 168; Dernburg u. Hinrichs II 13 ff.

[85] Österr. G. v. 24. Apr. 1874 u. 19. Mai 1874; vgl. Krainz I 757 ff. Schweiz. G. v. 24. Juli 1874 (bei Verpfändung von Eisenbahnen). Braunschw. G. v. 30. März 1881. Preufs. G. v. 19. Aug. 1895 § 20—23 (bei Bahnpfandschulden). — Über schweiz. Pfandbriefe auf den Inhaber vgl. Huber III 557 ff.

[86] Vgl. unten § 161, 164, 165. Die Briefgrundpfandrechte sind Neuerungen für alle in Anm. 27—28 angef. Rechte.

[87] Vgl. Jacobi, Wertpapiere S. 319 ff.; oben § 110.

[88] Unten § 162, 163, 164 V, 165 V. Die Buchhypothek ist eine Neuerung für Anhalt und Braunschweig, wo ein Verzicht auf den Hypothekenbrief unzulässig war. Die Buchgrundschuld hat ein Vorbild nur in der selbständigen Hypothek von Hamburg und Lübeck und für gewisse Fälle in der Buchhypothek Mecklenburgs.

Digitized by Google

gestellt werden. Die von Pfandbriefverbänden ausgegebenen Pfandbriefe auf den Inhaber, die nur zum Teil noch einen pfandrechtlichen Inhalt haben, unterstehen besonderen Rechtssätzen. Soweit ein Grundpfandrecht in einem Inhaberpapier verkörpert ist, erlangt es die volle Verkehrsfähigkeit der beweglichen Sachen[39].

VI. Kapitalistische Prägung. Das moderne Grundpfandrecht offenbart einerseits im Schuldinhalte, andererseits in der Haftungsart eine kapitalistische Prägung, die aber in beiderlei Hinsicht einer Abwandlung fähig ist.

1. Der Schuldinhalt der Hypothek wie der Grundschuld lautet auf eine bestimmte Geldsumme, die bei Eintritt der Fälligkeit vom Grundeigentümer zu zahlen ist. Die dingliche Schuld ist also eine verzinsliche oder auch unverzinsliche Kapitalschuld.

Eine Abschwächung der für das Grundeigentum mit der Kapitalverschuldung verknüpften Gefahren kann durch Beschränkung oder Ausschliefsung des Kündigungsrechts des Gläubigers erzielt werden. In grofsem Umfange erfolgt eine Belastung der Grundstücke mit unkündbaren verzinslichen Darlehnsschulden durch die Pfandbriefverbände. Die Kapitalschuld wird dabei normaler Weise durch Verwendung eines Zinszuschlages zu ihrer allmählichen Tilgung abgetragen (Amortisationshypothek, Annuitäten). Auf diesem Wege vermag die Hypothek oder Grundschuld, obschon sie begrifflich Kapitalschuld bleibt, sich im Erfolge stark einer blofsen Rentenschuld zu nähern[40].

Nach dem B.G.B. aber kann ein Grundpfandrecht auch als echte Rentenschuld begründet werden. Die Rentenschuld ist eine Abart der Grundschuld, bei der vom Grundeigentümer überhaupt nur eine wiederkehrende Geldrente geschuldet wird. Dem kapitalistischen System fügt sie sich durch das Erfordernis der gleichzeitigen Bestimmung und Eintragung einer Ablösungssumme ein[41].

2. Die Haftung kraft Grundpfandrechtes trifft das Grundstück nebst mithaftenden Vermögensgegenständen als ein in ein Geldkapital umsetzbares Grundvermögen. Der Gläubiger kann seine Befriedigung aus dem Grundvermögen nur im Wege der

---

[39] Unten § 163 II, 164 IV, 165 IV, 168.

[40] Unten § 168.

[41] Unten § 165. Ein Vorbild hat sie im Münchner Ewiggelde und den Hamb. u. Lüb. Renteposten.

Zwangsvollstreckung suchen und auch vertragsmäfsig sich eine andere Befriedigungsart nicht ausbedingen[42]. Er kann aber bei jedem Grundpfandrecht mit Einschlufs der Rentenschuld sich nicht nur an die Früchte und sonstigen Erträge des Grundstücks, sondern auch an den Grund und Boden selbst halten, indem er dessen Umsatz in ein Geldkapital durch gerichtliche Zwangsversteigerung betreibt[43].

Eine Abwandlung der kapitalistischen Haftungsart wird durch Einschränkung der Grundstückshaftung auf die Erträge des Grundstücks herbeigeführt. Bei einem derartigen Ertragsgrundpfandrecht („Revenuenhypothek") kann der Gläubiger sich nicht an die Substanz, sondern nur an die Nutzungen halten und somit

---

[42] B.G.B. § 1149. Insbesondere weder das Recht auf Übertragung des Eigentums, noch das Recht auf Selbstverkauf. Jede vor Eintritt der Fälligkeit erfolgte Einräumung eines solchen Rechts ist nichtig; Rechtspr. des Bayr. Obst. L.G. V 322, Jahrb. d. K.Ger. XXV S. A 335. Nach der Fälligkeit freilich sind solche Vereinbarungen, soweit sie nicht wucherisch sind, gültig. — Dies stimmt mit dem bisherigen Recht überein. Das Verbot der lex commissoria (vgl. z. B. Preufs. L.R. I, 20 § 33, Württ. Pf.G. Art. 91, Sächs. Gb. § 383, Hess. Pf.G. Art. 91, Weimar. Pf.G. § 106, Code civ. Art. 2078, Öst. Gb. § 1371) war keineswegs durch das R.G. v. 14. Nov. 1867 beseitigt; Dernburg, H.R. II 266, Eccius b. Förster § 191 Anm. 32, Roth § 310 Anm. 25, Stobbe-Lehmann § 165 Anm. 75, R.Ger. II Nr. 86, IV Nr. 12; a. M. Förster, Grundbuchr. S. 173, v. Meibom, Meckl. H.R. § 18 Anm. 49. Die Vereinbarung eines privaten Verkaufsrechts war nach Preufs. L.R. I, 20 § 29 noch zulässig, mufste aber seit dem Ges. v. 1872 als unzulässig erachtet werden; Förster, Grundbuchr. S. 174, Bahlmann S. 179 Nr. 3; a. M. Eccius § 194 Anm. 42. Ausdrücklich für ungültig erklärt wird jede derartige Vereinbarung im Sächs. Gb. § 383 u. Hess. Pf.G. Art. 91. Ungültig ist sie auch nach österr., bayr. u. württ. R.; Exner § 27 Anm. 17, Regelsberger § 80 a. E., Lang § 190. Gültig nach meckl. R.; v. Meibom S. 203.

[43] B.G.B. § 1147, C.Pr.O. § 866. Auch die meisten bisherigen Gesetze lassen dem Gläubiger die freie Wahl zwischen Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung; Preufs. E.E.G. § 43, Oldenb. § 43, Braunschw. § 47, Kob.-Goth. § 43, Lippe § 43, Sondersh. § 39; Bayr. H.G. § 51; Sächs. Gb. § 424; Altenb. H.O. § 82; Reufs ä. L. u. j. L. H.O. § 79; Anhalt. A.G. z. C.Pr.O. § 15; österr. R., Exner § 34 Anm. 16, § 44 Z. 1. Manche Gesetze kennen sogar die Zwangsverwaltung nur als subsidiäres Befriedigungsmittel; Württ. Exek. Ges. Art. 44, Lang § 190; Hess. Pf.G. § 84; meckl. R., v. Meibom § 26; Rudolst. H.O. § 31. Das französ. R. läfst überhaupt keine Einweisung in die Früchte, sondern nur Subhastation zu; Puchelt, H.R. § 35, Zachariae-Crome § 257. — Über das Recht des nicht persönlich haftenden Eigentümers, sich durch Abtretung des Grundstückes zu befreien, nach Bayr. H.G. § 26 u. 54 vgl. Gönner I 540 ff., Regelsberger § 81 u. (abweichend) Roth III 643 ff. Über das französ. Abtretungsrecht Zachariae-Crome a. a. O., Roth III 645.

Digitized by Google

die Befriedigung aus dem Grundstücke nur im Wege der Zwangsverwaltung suchen. Nach bisherigem Recht galt meist die Bestellung eines so beschränkten Grundpfandrechtes allgemein als zulässig[44]. Dem B.G.B. ist ein Grundpfandrecht mit blofser Ertragshaftung unbekannt[45]. Dagegen bleibt nach Landesrecht bei gebundenen Gütern (Haus- und Stammgütern, Lehen, Familienfideikommissen usw.) die Bestellung einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld in der Weise zulässig, dafs die Befriedigung aus dem Grundstücke nur im Wege der Zwangsverwaltung gesucht werden kann[46].

VII. Verschuldungsfreiheit. Das ältere Recht kannte mancherlei Beschränkungen der Grundverschuldung. Bei den gebundenen Gütern bildeten sie einen Teil der allgemeinen Verfügungsbeschränkungen. Aber auch bei freien Gütern wurde oft die Belastung mit Hypotheken an behördlichen Konsens gebunden und insbesondere nur bis zu einer bestimmten Wertgrenze gestattet[47]. Mit der Freiheit des Eigentums wurde auch die Verschuldungsfreiheit durchgeführt. Das Recht, sein Grundeigentum beliebig

---

[44] In Preufsen war die Bestellung einer Revenüenhypothek auch an nicht gebundenen Gütern nach dem Landrecht zulässig und sollte in dem vertragsmäfsigen Ausschlufs der Verkaufsbefugnis des Gläubigers gefunden werden; I, 20 § 26. Das E.E.G. § 45 erklärte einen derartigen Vertrag für nichtig, beseitigte aber damit nicht, wie Manche annehmen (bes. Eccius b. Gruchot XXVIII 3), die Möglichkeit, der ausdrücklichen Bestellung einer auf die Nutzungen beschränkten Hypothek; Dernburg, H.R. II 166 ff., R.Ger. XIII Nr. 56. Auch nach Württ. Pf.G. Art. 91 u. Hess. Pf.G. Art. 84 ist der Verzicht auf die Zwangsversteigerung unwirksam. Im übrigen dagegen mufste ein derartiger Verzicht als zulässig erachtet werden; Regelsberger S. 371, Roth § 310 Anm. 18, v. Meibom S. 217 ff.

[45] Ein vertragsmäfsiger Verzicht des Gläubigers auf die Zwangsversteigerung wird durch die zwingende Natur der sachenrechtlichen Vorschriften des B.G.B. ausgeschlossen; Biermann, Vorbem. 2 zu § 1113, Fuchs, Bem. 1 zu § 1113, Planck, Bem. 3 a zu § 1147.

[46] E.G. Art. 60; Preufs. A. L.R. I, 18 § 227, II, 4 § 76 ff., A.G. z. Zw.V.G. Art. 13; Württ. Pf.G. Art. 7, A.G. § 216, 280, 281; Bayr. H.G. § 68; Hess. Pf.G. Art. 10; Weimar. Pf.G. § 18. — Ältere Revenüenhypotheken bleiben als solche bestehen; E.G. Art. 192 Abs. 2.

[47] Vgl. Mascher S. 278 ff., 332 ff.; Haubold § 210 Anm. h u. i (bis 1827 u. 1829); Regelsberger S. 6 u. 7; v. Wyfs S. 58 ff.; Stobbe-Lehmann § 146 VIII. In Preufsen schränkte das Edikt v. 14. Sept. 1811 § 29 u. 54 die Verschuldbarkeit der regulierten Bauergüter auf ein Viertel ihres Wertes ein, die V. v. 29. Dez. 1843 aber hob dies auf; Dernburg, H.R. II 43 ff.

Digitized by Google

mit Schulden zu belasten, galt nunmehr als geheiligtes Menschenrecht.

Auch das B.G.B. gewährt volle Freiheit der Grundverschuldung. Es zieht nur zum Schutze dieser Freiheit gegen Selbstzerstörung der vertragsmäfsigen Bindung des Eigentümers gegenüber dem Grundpfandgläubiger gewisse Schranken. Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräufsern oder nicht weiter zu belasten, ist nichtig[48]. Der Eigentümer kann sich bei der Rentenschuld des Kündigungsrechtes nicht über dreifsig Jahre hinaus begeben[49]. Das Landesrecht ist ermächtigt, die Ausschliefsung des Kündigungsrechtes für den Eigentümer bei jedem Grundpfandrecht zu untersagen oder zeitlich zu beschränken, und hat von dieser Ermächtigung mehrfach Gebrauch gemacht[50].

Gesetzliche Beschränkungen der Verschuldungsfreiheit begegnen bei den der landesrechtlichen Regelung vorbehaltenen gebundenen Gütern[51]. Das Landesrecht kann aber darüber hinaus eine Verschuldungsgrenze einführen, indem es die Belastung eines Grundstückes jenseits einer bestimmten Wertgrenze untersagt[52].

---

[48] B.G.B. § 1136. Solche Vereinbarungen entbehren auch der obligationenrechtlichen Wirksamkeit. Doch gilt dies nur gegenüber dem Gläubiger. Einer anderen Person (z. B. dem Rechtsvorgänger bei der Gutsüberlassung) gegenüber kann der Eigentümer sich wirksam verpflichten, die Veräufserung oder Belastung zu unterlassen. So auch gegenüber dem zugleich wegen des Restkaufgeldes als Gläubiger eingetragenen Verkäufer, wenn die Vereinbarung nicht im Hinblick auf das Gläubigerrecht erfolgt. Daher bindet z. B. in solchem Falle das Versprechen, nur an einen Käufer deutscher Nationalität zu veräufsern: R.Ger. LV Nr. 20. — Ähnlich Sächs. Gb. § 225, Weimar. Pf.G. § 120, Altenb. § 75, Rudolst. § 30, Reuſs ä. L. § 74, Reuſs j. L. § 72. Hinsichtlich der weiteren Belastung auch Preuſs. L.R. I, 20 § 439 u. E.E.G. § 48 nebst den nachgebildeten Ges., Württ. Pf.G. Art. 93, Österr. Gb. § 1371. Dagegen war nach Bayr. H.G. § 44 sogar die Verdinglichung eines für den Gläubiger ausbedungenen Rechtes auf Untersagung fernerer Verpfändung durch Eintragung zulässig; Regelsberger § 55. Vgl. auch über meckl. R. v. Meibom § 12 Anm. 6.

[49] B.G.B § 1202 Abs. 2.

[50] E.G. Art. 117 Abs. 2. Nach Anhalt. A.G. z. B.G.B. Art. 51 u. Sondersh. Art. 51 darf bei keinem Grundpfandrecht die Kündigung über 30 Jahre hinaus ausgeschlossen werden. Die A.G. f. Preuſsen Art. 32, Mein. Art. 19 § 2, Waldeck Art. 17 lassen die Ausschlieſsung allgemein nur für 20 Jahre, die für Württ. Art. 213 u. Bad. Art. 27 nur für 10 Jahre zu.

[51] Vgl. z. B. hinsichtlich der Erbpachtgüter Mecklenb. A.V. § 166—167 (163—164).

[52] E.G. Art. 117 Abs. 1. — Eine allgemeine Belastungsgrenze für Gülten will der Schweiz. Entw. § 834 (Vorentw. 830) einführen.

Digitized by Google

Bisher hat kein Landesgesetz sich zu einem derartigen Eingriffe entschlossen.

§ 158. Begriff und Wesen des Grundpfandrechts[1].

I. Begriff. Das Grundpfandrecht ist ein dingliches Recht, kraft dessen die belastete Sache dem Berechtigten für eine Geldleistung haftet, die vom jeweiligen Eigentümer an ihn bewirkt werden soll. Dieser Begriff ist derselbe, mag nun das Grundpfandrecht als Nebenrecht zu einem Forderungsrecht gehören oder als selbständiges Recht für sich bestehen.

II. Wesen.

1. Dinglichkeit. Die Zugehörigkeit des Grundpfandrechtes zu den begrenzten dinglichen Rechten wird zwar in der Theorie bisweilen bestritten[2] oder nur bedingungsweise zugegeben[3], ist aber von der Gesetzgebung stets anerkannt worden. In der Tat weist das Grundpfandrecht alle Merkmale eines Sachenrechtes auf. Es begründet eine unmittelbare und gegen Jedermann wirksame Sachherrschaft. Allerdings steht dem Berechtigten keine selbstständige Befugnis zur Einwirkung auf den Sachkörper zu; er hat weder ein Recht auf den Besitz noch ein Recht des Verkaufes.

---

[1] Vgl. bes. v. Meibom, Jahrb. des gem. R. IV (1860) S. 490 ff., Meckl. H.R. S. 39 ff. Bekker, Die Reform d. Hypothekenwesens, 2. Aufl., Berlin 1867. Lette, Das landwirtschaftl. Kredit- u. Hypothekenwesen, Berlin 1868. F. P. Bremer, Hypothek u. Grundschuld, Göttingen 1869. Ziebarth, Die Reform des Grundbuchrechts, Halle 1870, S. 64 ff. O. Bähr, Jahrb. f. Dogm. XI 1 ff. v. Bar, Arch. f. c. Pr. LIII 56 ff. Regelsberger, Studien im Bayr. Hypothekenrecht, Erlangen 1872; Bayr. H.R. S. 29 ff. G. Buchka, Die Hypothek des Eigentümers, Wismar 1875. Sohm, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. V 1 ff. Krasnopolski, ebenda XI 43 ff., XII 425 ff. L. Kühnast, Untersuchung des Begriffes der Grundschuld, Berlin 1877. Roth, Arch. f. c. Pr. LXXII 97 ff., D.P.R. III § 292, 310. Kohler, Pfandrechtl. Forsch. S. 52 ff. Exner, Österr. H.R. S. 236 ff. Römer, Württ. H.R. S. 8 ff. Stobbe (2. Aufl.) § 109. — L. Kühnast, Die Grundschuld des Entwurfs, Berlin 1888. Staub, Arch. f. b. R. V 12 ff. Hachenburg a. a. O. (oben § 156 Anm. 57). Cosack b. Gerber § 152, B.R. § 221. Endemann, B.R. § 112. H. Lehmann b. Stobbe § 155, B.R. II 257 ff. Landsberg, B.R. § 200—201. Dernburg, B.R. III § 209. v. Schwind, Wesen u. Inhalt des Pfandrechts, Jena 1899. Puntschart, Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechts, Graz 1900. Kohler, Arch. f. c. Pr. XCI 155 ff.

[2] Bes. von Sohm a. a. O. S. 28 ff. Ebenso Ehrenberg, Beschränkte Haftung S. 457.

[3] So v. Schwind S. 199 ff. Jetzt auch Ehrenberg, Das Recht des Schiffsgläubigers, Festgabe f. Regelsberger, Göttingen 1901, S. 38 ff.

Digitized by Google

Allein er hat ein gegen den jeweiligen Eigentümer und jeden anderen Berechtigten durchsetzbares Recht auf Befriedigung aus dem Sachwerte. Die Verwirklichung dieses Rechtes kann er nur im Wege der Zwangsvollstreckung erzielen. Aber es ist sein Privatrecht, dem der gerichtliche Zugriff von der Beschlagnahme bis zur Versilberung dient[4]. Das Recht auf Befriedigung tritt erst ein, wenn eine fällige Zahlung nicht erfolgt. Doch entspringt es aus einer schon vorhandenen dinglichen Gebundenheit, die sich namentlich darin äufsert, dafs der Berechtigte gegen Jedermann auf Unterlassung einer die Sache entwertenden Verschlechterung klagen kann[5]. So ist die Sache selbst durch die Pfandhaftung verstrickt und einer Herrschaft des Pfandgläubigers unterworfen. Darum kann auch das Grundpfandrecht gleich anderen begrenzten dinglichen Rechten an der Sache bestehen, wenn diese zurzeit sich in Niemandes Eigentum oder im Eigentum des Pfandgläubigers selbst befindet.

2. Haftung und Schuld. Den primären Inhalt des Grundpfandrechtes bildet die Sachhaftung. Mit der Sachhaftung aber verbindet sich bei jedem modernen Grundpfandrechte eine den jeweiligen Eigentümer treffende dingliche Schuld. Da jede Haftung eine Schuld, für die gehaftet wird, voraussetzt, ist da, wo eine persönliche Schuld fehlt, die dingliche Schuld begrifflich notwendig[6]. Demgemäfs drückt die Grundschuld schon durch ihren

---

[4] Damit wird das von Sohm a. a. O. aus der angeblichen „Ohnmacht" des Gläubigerrechts hergeleitete Argument gegen die Dinglichkeit hinfällig. Vgl. Kohler, Pfandr. Forsch. S. 60 ff.

[5] Vgl. unten § 159 V 1 S. 872.

[6] Verneint man bei der Grundschuld jede „Schuld", so mufs man bei ihr auch den Begriff der „Haftung" fallen lassen. Dies tun in der Tat Alle, die in der Grundschuld ein reines Wertrecht erblicken, wie Bremer a. a. O. S. 54 ff. (Recht auf Verwertung und Aneignung des Erlöses), Stüler, Z. f. deut. Gesetzg. VII 261 ff. (Wertanteilsrecht, gerichtet auf Aneignung eines Teiles des Wertes nach Ablauf einer gewissen Zeit und des Nutzungsbetrages dieses Wertes bis zu der Zeit), Kohler (Recht, der Sache einen Wert zu entnehmen, vgl. unten Anm. 26), Landsberg § 200 Z. 1 b, § 207 (Wertgewinnungsrecht). Ebenso Kühnast, wenn er die Grundschuld als Recht auf einen Teil der Grundrente konstruiert; Unters. S. 48 ff., 67 ff., Grundschuld S. 65 ff., 89 ff., 101 ff. Ferner R. Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigentümers, Berlin 1877, S. 23 ff., mit seiner Annahme einer bedingten Einräumung des Miteigentums am Grundstück. Desgleichen Stelling, Über die preufsische Post, Leipzig 1893, mit seiner Theorie des vom Grundeigentum separierten selbständigen „Posteigentums", das bei der Grundschuld rein, bei der Hypothek beschränkt und bedingt konstituiert werde. Allein jede

Digitized by Google

Namen das Dasein der dinglichen Schuld aus! Allein auch bei der Hypothek steht neben der persönlichen Schuld eine dingliche Schuld, die hinsichtlich ihres Subjektes, ihres Bestandes und ihres Inhaltes besondere Schicksale haben kann[7]. Gemäfs der einheitlichen Struktur der Grundpfandrechte steckt daher auch in der Hypothek eine Grundschuld, die nur der Regel nach durch eine persönliche Schuld einerseits ergänzt und andererseits inhaltlich bestimmt wird[8].

Die dingliche Schuld ist untrennbar mit dem Eigentum am Grundstücke verknüpft und geht daher von Rechts wegen auf jeden neuen Eigentümer über. Sie richtet sich auf Zahlung des Geldbetrages, für den das Grundstück haftet. Gleich einer persönlichen Schuld wird sie zu bestimmter Zeit oder auf Kündigung fällig[9]. Ihre Nichtleistung zieht Verzugsfolgen nach sich[10]. Auf ihre Leistung geht der dingliche Anspruch aus jedem Grundpfandrecht, der deshalb hinsichtlich der prozessualen Geltendmachung einem obligationenrechtlichen Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme gleichgestellt ist[11]. Offenbar kann hiernach nicht davon

---

Auffassung, die den pfandrechtlichen Grundgedanken der Sachhaftung preisgibt, setzt sich in Widerspruch mit der geschichtlichen Entwicklung.

[7] Das B.G.B. legt den Begriff der „dinglichen Schuld" dadurch nahe, dafs es stets von dem „persönlichen" Schuldner spricht, was überflüssig wäre, wenn kein anderer Schuldner existierte. Auf der aktiven Seite bringt es das dingliche Gläubigerrecht in der Weise zum Ausdruck, dafs es der „Forderung" besondere Wirksamkeit „in Ansehung der Hypothek" verleiht. Dabei bedient es sich keineswegs einer Wendung, die auf eine Fiktion schliefsen liefse, wie sie Puntschart a. a. O. S. 104 Anm. 2 hineinträgt („juristisch-formal wird die Forderung als bestehend behandelt, wenn sie auch materiell nicht besteht"). Vielmehr wendet es nur eine eigentümliche Technik an, um von der Forderung her den in das dingliche Recht aufgenommenen Inhalt eines Bekommensollens zu gewinnen.

[8] Dieses Verhältnis würde natürlich klarer hervortreten, wenn das B.G.B., wie mehrfach empfohlen wurde, die Grundschuld als einfache Grundform vorangestellt und die Hypothek als Verbindung von Grundschuld und Forderung normiert hätte. Allein dadurch, dafs es den umgekehrten Weg einschlägt und die Grundschuld hinter der Hypothek durch Streichungen regelt, wird der Sachverhalt zwar verdunkelt, aber nicht wirklich verändert.

[9] B.G.B. § 1193, 1202, 1141, 1142, 1149.

[10] B.G.B. § 1146.

[11] C.Pr.O. § 794 Nr. 5 S. 2. Verfolgbarkeit im Wege des Urkundenprozesses (C.Pr.O. § 592 S. 2) und des Mahnverfahrens (§ 688 Abs. 1 S. 2). Möglichkeit einer Unterwerfung des dinglichen Schuldners unter sofortige Zwangsvollstreckung in gerichtlicher oder notarieller Urkunde (§ 794) mit gesteigerter Wirkung für den eingetragenen Rechtsnachfolger des Gläubigers

Digitized by Google

die Rede sein, dafs der Eigentümer als solcher nicht schuldig, sondern nur berechtigt wäre, zu zahlen[12]. Vielmehr begründet jedes Grundpfandrecht für den Eigentümer ein Zahlensollen und somit eine Schuld[13], für den Berechtigten ein Bekommensollen und somit einen Anspruch auf Zahlung[14]. Allein die Erfüllung der dinglichen Schuld ist lediglich durch Verwirklichung der Sachhaftung erzwingbar. Darum kann mit der Klage aus dem ding-

(§ 799) und im Falle ausdrücklicher Festsetzung und Eintragung gegen den jeweiligen Eigentümer (§ 800). Vgl. auch C.Pr.O. § 325 Abs. 3.

[12] Dies nehmen Alle an, die das Grundpfandrecht im Sinne des römischen Pfandrechts konstruieren; sie leugnen die dingliche Schuld und sehen in der Zahlung durch den Eigentümer nur ein ihm kraft facultas alternativa zustehendes Mittel, die Sache vor dem gerichtlichen Verkauf zu bewahren. So Unger, Österr. P.R. I § 517 Anm. 25, Exner S. 236 ff., Römer S. 8 ff., Kohler, Pfandr. Forsch. S. 52 ff., früher Dernburg, Preufs. P.R. I § 313; für das neue Recht Planck Vorbem. 3 vor § 1113, Kober Bem. I 1 zu § 1113, Kohler, Enzykl. I 616, Landsberg S. 741, hinsichtlich der Hypothek auch Puntschart S. 103 ff.

[13] Manche bisherige Gesetze sprechen ausdrücklich von einer Verpflichtung des Eigentümers zur Zahlung; so Württ. Pf.G. Art. 117, Sächs. G. v. 1843 § 80, Bayr. H.G. § 54, Meckl. H.O. b. v. Meibom § 22, Hamb. H.O. § 33, Lüb. G. v. 1879 § 1. Wenn die übrigen Gesetze nur das Recht des Gläubigers, aus dem Grundstück Befriedigung zu suchen, betonen, so schneiden sie damit die Annahme einer Zahlungspflicht keineswegs ab. Das B.G.B. aber macht, indem es die Wendung gebraucht, dafs an den Berechtigten eine Geldsumme „aus dem Grundstücke zu zahlen ist“ (§ 1113, 1191) oder dafs der Berechtigte „die Zahlung aus dem Grundstücke verlangen“ kann (§ 1201 u. 1202), die Annahme einer Eigentümerschuld geradezu notwendig. Denn was aus dem Grundstück zu zahlen ist, das „hat“ eben der Eigentümer zu zahlen, und das Verlangen der Zahlung aus dem Grundstück kann sich nur gegen den Eigentümer richten. — Für das bisherige Recht wurde das Dasein einer Eigentümerschuld namentlich von den Anhängern der von v. Meibom a. a. O. entwickelten und in entschiedener Weise von Regelsberger, Bekker, Buchka a. a. O. S. 80 ff., Hartmann, Obligation (1875) S. 135 ff., Stobbe § 109, aber auch von Sohm und Ehrenberg (oben Anm. 2) fortgebildeten Theorie der „Realobligation“ verfochten. Manche, wie Bähr a. a. O. S. 48 ff., 96, nahmen nur bei der Grundschuld eine Realschuld an oder fanden in ihr ein den Eigentümer verpflichtendes abstraktes Summenversprechen; so Förster, Grundbuchr. S. 139, Preufs. P.R. § 190 Anm. 25, Dernburg, Preufs. P.R. I § 314 Anm. 11, Jäckel b. Gruchot XVIII 560, Roth, D.P.R. § 294 a. E. — Für das neue Recht wird überwiegend irgend eine Eigentümerschuld angenommen; so von Cosack, H. Dernburg, H. Lehmann, Staub a. a. O., Fuchs I 373 ff., 467 ff., v. Schwind S. 132 ff. (für die Grundschuld) u. S. 139 ff. (für die Hypothek), Hachenburg, B.G.B. S. 529 ff., 535 ff. Puntschart S. 110 ff. gibt sie nur bei der Grundschuld zu.

[14] Dies ist im B.G.B. ausdrücklich gesagt; vgl. die vor. Anm.

Digitized by Google

lichen Gläubigerrecht nicht Zahlung schlechthin, sondern nur „Zahlung aus dem Grundstücke" verlangt werden[15]; das Urteil hat den dinglichen Anspruch auf Zahlung aus dem Grundstück dem Eigentümer gegenüber festzustellen und damit ihm die Vollstreckbarkeit in das Grundstück und nur in dieses zu verschaffen[16]. Und darum geht im Falle der Zwangsversteigerung die dingliche Schuld insoweit, als sie durch den Sachwert nicht gedeckt wird, zusammen mit dem Haftungsrechte unter[17].

Die im Grundpfandrecht enthaltene Schuld ist sachenrechtlicher Art. Es handelt sich nicht um eine in das Sachenrecht eingefügte „Obligation" [18] und ebensowenig um eine aufserhalb des Sachenrechts stehende „reine Schuld" [19]. Das moderne

---

[15] Bisher war es üblich, auf Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung zu klagen; so nicht blofs im Geltungsbereich der eine Zahlungspflicht aussprechenden Gesetze (oben Anm. 13), sondern auch in Preufsen; vgl. Dernburg, Preufs. P.R. § 316, Achilles S. 233; ebenso in Österreich, Exner § 34 Anm. 9. Eine derartige Klage ist auch jetzt nicht zurückzuweisen, aber sie ist nicht korrekt gefafst. Vollkommen korrekt dagegen ist eine Klage auf Zahlung aus dem Grundstücke; Fuchs zu § 1147 Bem. 1, Neumann Bem. 2, Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 361, Rechtskraft S. 480, Rspr. d. O.L.G. III 140; vgl. auch Biermann Bem. 2 S. 348.

[16] Dernburg, B.R. III § 236, hält es für richtig, dafs die Klage auf Feststellung der Vollstreckbarkeit des Anspruchs in das Grundstück gerichtet werde. Allein die Vollstreckbarkeit ist erst die Folge der judikatmäfsigen Feststellung des Anspruchs auf Zahlung aus dem Grundstück. Die Meisten wollen die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück abgestellt wissen; so Böhm S. 209, Oberneck S. 27, Männer S. 336, Planck zu § 1147 Bem. 2a, Kober Bem. III 2, Turnau-Förster Bem. 4, Biermann Bem. 2. Eine solche Fassung mag zureichen, ist aber wenig angemessen, da sie nicht den privatrechtlichen Anspruch, sondern nur die öffentlichrechtliche Folge seiner Feststellung zum Ausdruck bringt.

[17] An sich ist auch eine dingliche Schuld mit persönlicher Haftung für den Ausfall denkbar, wie sie in Hamburg und Lübeck bestand; oben § 157 S. 842 Anm. 19.

[18] Diese Auffassung liegt in der einen oder anderen Form allen von dem Begriff der „Realobligation" ausgehenden Theorien (oben Anm. 13) zugrunde. Für das neue Recht vertreten sie in besonderer Schärfe Cosack, B.R. § 221, und E. Fuchs I 373 ff. u. 467 ff. Ebenso H. Lehmann b. Stobbe § 147 u. 155, der mit den Kategorien der „actio in rem scripta" und der klaglosen „obligatio naturalis" operiert. Auch v. Schwind a. a. O. S. 132 ff. u. 139 ff. vermag den Begriff der „Obligation" nicht abzustreifen.

[19] Besonders energisch tritt Puntschart a. a. O. S. 110 ff. dafür ein, dafs dem Sachenrecht nur der Begriff der „Haftung" angehöre, während der Begriff der „Schuld" stets ein Verhältnis der Person als solcher ausdrücke. Er konstruiert die Grundschuld als eine reine Schuld im Sinne des älteren

Digitized by Google

Grundpfandrecht ist kein aus Sachen- und Obligationenrecht gemischtes Gebilde[20]. Vielmehr ist die dingliche Schuld ein wesentlicher Bestandteil des sachenrechtlichen Verhältnisses; sie ergänzt das für sich allein der Selbständigkeit unfähige Sachhaftungsrecht zu einem in sich vollendeten dinglichen Recht, das sich zwar (als Hypothek) an das Obligationenrecht anlehnen, aber auch (als Grundschuld) dieser Brücke entbehren kann. Die dingliche Schuld begründet keinerlei Verpflichtung der Person als solcher, sondern lastet auf dem Grundstück und findet nur eben als Passivbestandteil des Grundvermögens notwendig im jeweiligen Grundeigentümer ihr Subjekt[21]. Sie gewährt dem Berechtigten keine „Forderung", sondern ein dingliches Gläubigerrecht, das durchaus als Recht am Grundstück erscheint und nur gerade deshalb sich gegen dessen jeweiligen Eigentümer richtet[22]. Darum sind auch die Regeln des

---

deutschen Rechts, für die ein Grundstück einsteht. Diese Konstruktion paßt für die mittelalterliche Satzung. Sie paßt aber nicht für die mittelalterliche Reallast und insbesondere den Rentenkauf. Und darum paßt sie schlechthin nicht für die moderne Grundschuld, die in diesem Punkte dem Rentenkaufe und nicht der Satzung nahesteht. — In ähnlicher Weise wird die Sachlage verschoben, wenn man der Grundschuld ein abstraktes Summenversprechen unterschiebt (oben Anm. 13) und auf diesem Wege folgerichtig dahin gelangt, auch die Grundschuld in ein accessorisches dingliches Recht (Pfandrecht für eine Summenschuld) umzudeuten; so Rudolph, Arch. f. c. Pr. LXVIII 269 ff., Kindel, Das Recht an der Sache, Breslau 1889, S. 32 ff., 77, 209. — Dernburg § 209 Z. 2 nimmt auch bei der Hypothek eine „Pfandschuld" an, scheint aber an dem obligationenrechtlichen Wesen dieser Schuld festzuhalten.

[20] So ausdrücklich z. B. Buchka S. 80 ff., Hartmann, Obligation S. 135 ff., Stobbe § 109 Z. 5—6, H. Lehmann b. Stobbe § 155, B.R. II 257 ff., Cosack § 221.

[21] Hierin besteht Wesensgleichheit mit der Reallast. Darum ist auch hier der bildliche Ausdruck, daß das Grundstück selbst schulde, aufgetaucht und hat z. B. in die mecklenburg. Gesetzgebung Eingang gefunden; vgl. die Stellen bei Beseler S. 459 Anm. 37. Manche haben auch hier im Ernst das Grundstück personifiziert; so Tschierpe, Erört. zur Meckl. revid. H.O., Wismar 1852, S. 92 ff., 104 ff., Lette a. a. O. S. 47 ff. Dies ist verkehrt; vgl. v. Meibom S. 38, Buchka S. 65, Kühnast, Unters. S. 18 ff. Allein objektiv ist in der Tat das Zahlensollen in die Grundstückssphäre aufgenommen und somit zu einer Beschränkung des Eigentums gestempelt, die jeden Eigentümer in gleicher Weise, wie ein Unterlassensollen oder Duldensollen kraft Servitut, ergreift.

[22] Das „dingliche Gläubigerrecht" ist der notwendige Korrelatbegriff der „dinglichen Schuld". Seine Dinglichkeit zu bestreiten, weil es sich gegen den Eigentümer richtet, ist verkehrt. Denn alle begrenzten dinglichen Rechte richten sich unbeschadet ihrer absoluten Natur zunächst und in besonderer Weise gegen den Eigentümer. — Man könnte, da heute das Wort „Forderung"

Digitized by Google

Obligationenrechts über Schuldverhältnisse, obschon sie in vielen Punkten entsprechende Anwendung auf die dingliche Schuld finden, niemals unmittelbar auf sie anwendbar[23]. Auch erklärt sich aus dem sachenrechtlichen Wesen der dinglichen Schuld, dafs sie auch dann, wenn das Grundstück herrenlos ist oder im Eigentum des Gläubigers steht, zwar ruht, aber dem objektiven Bestande nach vorhanden ist[24].

3. Wertrecht. Das Grundpfandrecht ergreift die Sache in ihrem Wert. Seinen Gegenstand bildet das Grundstück mit zugehörigen körperlichen und unkörperlichen Gegenständen im Sinne eines durch den gemeinsamen Wert geeinten Grundvermögens. Es unterwirft der Herrschaft des Berechtigten zuletzt nicht den Sachkörper, sondern dessen Tauschwert. Doch ist es kein reines Wertrecht, dessen Gegenstand lediglich der als besonderes Rechtsobjekt von der Sache abgeschiedene Wert wäre[25]. Vielmehr ergreift es die Sache selbst und beschränkt nur seine Wirksamkeit auf ihre Eigenschaft der Verwertbarkeit. Und es ergreift die Sache im Ganzen, nicht nur einen bestimmten Teil ihrer Wert-

---

seine frühere Bedeutung verloren hat, auch von „dinglicher Forderung" sprechen. Doch wird dies besser vermieden, zumal es in Widerspruch mit dem Sprachgebrauch des B.G.B., das immer nur das Gläubigerrecht aus einer Obligation als „Forderung" bezeichnet, treten würde.

[23] Dies Prinzip ist im neuen bürgerlichen Recht streng durchgeführt; überall, wo Sätze des Obligationenrechts gelten sollen, findet sich eine besondere Verweisung; vgl. oben Anm. 9—11. Hieran scheitert jede obligationenrechtliche Theorie; sie widerspricht dem positiven Recht. Andererseits ist jenen Verweisungen gegenüber jede Theorie, die den Begriff der dinglichen Schuld ganz verwirft, in der üblen Lage, mit einer Unzahl von Fiktionen operieren zu müssen.

[24] Cosack § 221 II 3 meint, dafs in diesen Fällen die dingliche Schuld überhaupt fehle, und schliefst daraus, dafs sie für den Begriff des Grundpfandrechts nicht wesentlich sei. Allein es steht hier mit der dinglichen Schuld nicht anders, als mit der Haftung. Auch diese kann nur gegen den Eigentümer und vom Eigentümer nicht gegen sich selbst geltend gemacht werden. Diese Grundpfandrechte sind eben im Ganzen ruhende und somit unvollkommene Rechte. Bei dem Grundpfandrechte an einem herrenlosen Grundstücke ist die Bestellung eines Eigentümervertreters (C.Pr.O. § 58, 787) erforderlich, aber auch ausreichend, um sofort Schuld wie Haftung in Wirksamkeit zu setzen. Über die Eigentümergrundpfandrechte vgl. unten § 166.

[25] Dies ist die Auffassung, die Bremer, Stüler, Kühnast u. A. bei der Grundschuld durchführen (oben Anm. 6) und die jetzt Kohler, Arch. f. c. Pr. XCI 155 ff. u. Encykl. I 616, und Landsberg S. 735 ff. allgemein zugrunde legen.

Digitized by Google

einheit[26]. Anders verhielte es sich, wenn das System der festen Stellen („Lokusprinzip") durchgedrungen wäre, das jeden Pfandgläubiger in Ansehung der Befriedigung ein für alle Mal auf einen bestimmten Abschnitt der Werteinheit verweist und die pfandfreien Wertabschnitte dem Eigentümer vorbehält[27]. Nach dem geltenden Rechte aber verstricken alle Grundpfandrechte an sich die Sache in ihrem ganzen Wert und empfangen nur durch ihren ungleichen Rang die Anweisung auf verschiedene Wertabschnitte. Immerhin hat sich das neue Recht dem System der festen Stellen und damit der rein wertrechtlichen Struktur der Grundpfandrechte stark genähert. Das Mittel hierzu bot vor allem die Ausbildung der Eigentümergrundpfandrechte, die im B.G.B. ihren Höhepunkt erreicht hat. Bleibt dem Eigentümer versagt, sich einen pfandfreien Wertteil in Gestalt einer offenen Stelle vorzubehalten, so kann er einen ähnlichen Erfolg durch Eintragung eines Rangvorbehaltes[28], noch vollständiger aber durch Eintragung einer Eigentümergrundschuld erzielen. Rücken, wenn ein Grundpfandrecht erlischt, unweigerlich die nachstehenden Rechte vor, so tritt überall, wo vielmehr das Freiwerden der Stelle für den Eigentümer angezeigt ist, statt des Erlöschens des Grundpfandrechts dessen Verwandlung in ein Eigentümergrundpfandrecht ein[29].

---

[26] Dernburg, B.R. III § 209 Z. 8.

[27] Das System galt in Schleswig-Holstein (bes. in Altona) und war auch anderswo (z. B. in Mecklenburg) von der Praxis angenommen, indem die Löschung ohne Nachrücken späterer Gläubiger (Tilgung ante lineam) zugelassen wurde; vgl. Paulsen § 79, v. Meibom S. 288, Beseler § 103 Anm. 36. Vgl. auch Bremer Erbe- u. Handf.O. § 97: „Die Priorität der Handfesten richtet sich ... allein nach der aus der Handfeste selbst sich ergebenden, in Summen ausgedrückten Reihenfolge." — Die Aufnahme dieses Systems in das B.G.B. hat namentlich Seestern-Pauly unter ausführlicher Darlegung des schleswig-holstein. R. verfochten; vgl. den Auszug aus seiner Schrift in der amtlichen Zusammenstellung der gutachtl. Äuß. zum Entw. III 329 ff. Seestern-Pauly bekennt sich ausdrücklich zur Wertparzellentheorie. Für das System der festen Stellen haben sich, obschon unter Verwerfung der Wertparzellentheorie, auch Staub, Gutachten aus dem Anwaltstande S. 407 ff., und Deybeck, b. Gruchot XXXIV 371 ff., ausgesprochen. Vgl auch Gierke, Entw. S. 376 ff. — Der Schweiz Entw. § 802—804 (Vorentw. 804—806) hat das System der festen Pfandstellen, gibt aber im Falle der Pfandverwertung dem Eigentümer wegen leerer Pfandstellen keinen Anspruch auf einen Teil des Erlöses, weist vielmehr den ganzen Erlös den „wirklichen Pfandgläubigern" ihrem Range nach zu.

[28] Oben § 119 S. 324.

[29] Unten § 166.

Digitized by Google

§ 159. Gemeinsame Rechtsgrundsätze bei Grundpfandrechten.

I. Begründung. Grundpfandrechte entstehen gleich anderen Rechten an Grundstücken durch dinglichen Vertrag zwischen dem Berechtigten und dem Eigentümer und Eintragung[1]. Mit einem Grundpfandrechte können nur gebuchte Grundstücke und liegenschaftliche Gerechtigkeiten, nach Landesgesetzen auch Bahneinheiten belastet werden[2]. Die Belastung eines Bruchteils ist nur zulässig, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht[3].

II. Umfang der Belastung. Das Grundpfandrecht verhaftet den belasteten Gegenstand für die in ihm enthaltene dingliche Schuld, deren Umfang bei der Hypothek durch die eingetragene Forderung, bei der Grundschuld durch die eingetragene Schuldsumme und bei der Rentenschuld durch die eingetragene Rente und die eingetragene Ablösungssumme nach Maſsgabe der im Grundbuch vermerkten Geldbeträge bestimmt wird[4]. Die

---

[1] Immer wird die vertragsmäſsige Bewilligung des Eigentümers durch dessen rechtskräftige Verurteilung zur Bestellung ersetzt; C.Pr.O. § 894. Bei der Zwangshypothek genügt der vollstreckbare Titel, bei der Arresthypothek der Arrestbefehl; unten § 163 I 2. Die einseitige Verfügung des Eigentümers reicht zur Begründung der Sicherungshypothek für Inhaberpapiere, der Inhabergrundschuld und der Eigentümergrundschuld aus; unten § 163 II, § 164 II u. IV. Eine Sicherungshypothek kann ausnahmsweise ohne Eintragung entstehen; unten § 163 I 2.

[2] Oben § 118 IV. — Grundstücksteile, obschon an sich belastbar, sind stets erst abzuschreiben und als selbständige Grundstücke zu buchen, wenn sie verpfändet werden; Grdb.O. § 6. So vielfach auch nach bisherigem R.; Roth, D.P.R. § 298 Anm. 32. Anders jedoch nach preuſs. Praxis; Dernburg, Preuſs. H.R. II 88.

[3] B.G.B. § 1114. So überwiegend auch nach bisherigem Recht. Doch verboten manche Gesetze auch die Verpfändung eines Miteigentumsanteils; so Hamb. H.O. § 9 u. 13, Lüb. § 17, Meckl. bei v. Meibom § 15 Anm. 4. Andere gestatteten gleich dem gemeinen Recht beliebige Verpfändung einer Quote; so Weimar. Pf.G. § 12, Württ. nach Römer S. 117, Lang § 166. Für das bayr. R. war Streit; vgl. einerseits Roth, Bayr. C.R. § 188 Anm. 40, andererseits Regelsberger § 44, Seuff. XXXVI Nr. 266.

[4] B.G.B. § 1115, 1191, 1199. Nach einer Sollvorschrift der Grdb.O. § 28 S. 2 sind die Geldbeträge in Reichswährung anzugeben (oben § 118 Anm. 53). Zulässig ist die Eintragung der Klausel „zahlbar in Gold", nicht aber einer Goldklausel, die im Falle einer Änderung der Währung die Zahlung nach dem Goldwert sichern soll; vgl. über die viel erörterte und umstrittene Frage R.Ger. L Nr. 32, K.Ger. Jahrb. XX A 194 ff., XXI A 322, XXV A 156, Dern-

Digitized by Google

Haftung erstreckt sich auch auf die geschuldeten Zinsen und sonstigen Nebenleistungen[5]. Doch bedarf es in Ansehung bedungener Zinsen der Eintragung der Verzinslichkeit und des Zinssatzes[6], in Ansehung sonst zu entrichtender Nebenleistungen der Eintragung ihres Geldbetrages[7]. Über den aus dem Grundbuch ersichtlichen Betrag hinaus haftet das Grundstück für die gesetzlichen Zinsen[8] und für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung[9].

III. Gegenstand der Belastung. Die Belastung er-

---

burg III § 224 Anm. 14, Biermann zu § 1115 Bem. 3, Perls, Jahrb. f. D. XLV 216 ff., Oertmann, D. J.Z. IX 334 ff.

[5] Die Haftung besteht an sich für alle (nicht verjährten) Rückstände. Jedoch haben nach Zw.V.G. § 10 nur die Rückstände aus den letzten zwei Jahren Anspruch auf Befriedigung an gleicher Stelle mit dem Kapital, während die älteren Rückstände erst hinter allen übrigen dinglichen und persönlichen Ansprüchen zur Befriedigung gelangen. — So auch bisher nach preuß. R. und für dreijährige Rückstände nach Sächs. Gb. § 416—417 und mehreren thüring. Gesetzen. Dagegen war nach bayr., württ., weimar., Hamb. u. Lüb. R. die Haftung überhaupt auf zweijährige Rückstände, nach Hess. Pf.G. Art. 72 auf Rückstände bis zum vierten Teil des Kapitals beschränkt. Nach österr. R. besteht sie nur für dreijährige Rückstände. Vgl. nähere Nachweise b. Roth, D.P.R. § 308 Anm. 3—11, Stobbe-Lehmann § 148 Anm. 60—61.

[6] B.G.B. § 1115 u. 1191. So auch meist nach bisherigem Recht; Preuß. E.E.G. § 23, Roth a. a. O. Anm. 12—13. Anders nach bayr. R., Regelsberger § 73; auch nach älterem preuß. R., vgl. R.Ger. XXX 212.

[7] B.G.B. § 1115 u. 1191. Wenn es sich um das Darlehn einer Kreditanstalt handelt, deren Satzung von der zuständigen Behörde öffentlich bekannt gemacht worden ist, genügt zur Bezeichnung der außer den Zinsen zu entrichtenden satzungsmäßigen Nebenleistungen die Bezugnahme auf die Satzung (anders für das preuß. Recht R.Ger. II Nr. 76). — Als Nebenleistungen können Vertragsstrafen, Beiträge zu Verwaltungskosten, Provisionen usw. durch Eintragung der dinglichen Schuld einverleibt werden. Zuschläge zu Zinsen oder Renten, die zur allmählichen Tilgung der Schuld bestimmt sind (Amortisationsbeiträge), sind keine Nebenleistungen, daher zwar eintragungsfähig, aber nicht eintragungsbedürftig; R.Ger. LIV Nr. 27, Seuff. LVIII Nr. 170. — Über das bisherige R. vgl. Roth a. a. O. Anm. 27—29.

[8] B.G.B. § 1118. So auch nach österr. R. (Exner § 37 Anm. 11) und bisher nach Sächs. Gb. § 416, Meckl. H.O. (v. Meibom § 5 Anm. 14, § 21 Anm. 31) und anderen Ges. (Roth a. a. O. Anm. 12—13). Dagegen bedurfte es nach preuß. R. der Eintragung; Dernburg, Preuß. H.R. II 90, Förster-Eccius § 199 Anm. 40. Ebenso nach Württ. Pf.G. Art. 53.

[9] B.G.B. § 1118. Über das bisherige Recht Roth a. a. O. Anm. 16—26. Nach Preuß. E.E.G. § 30 erstreckte sich die gesetzliche Haftung auch auf die Kosten der Eintragung.

Digitized by Google

greift das Grundstück nebst den kraft Gesetzes dem Grundvermögen zugerechneten beweglichen Sachen und Rechten[10].

1. Das Grundstück selbst haftet in seinem gesamten jeweiligen Bestande. Die Pfandhaftung ergreift von Rechts wegen auch die erst nach der Entstehung des Grundpfandrechts hinzugekommenen Bestandteile. Sie erstreckt sich auf jedes nachträglich als Bestandteil zugeschriebene Grundstück, unbeschadet des Vorranges der auf diesem bereits lastenden älteren Rechte[11]. Ebenso unterliegen ihr, soweit sie Grundstücksbestandteile werden, später errichtete Gebäude und später eingefügte Gebäudebestandteile[12]. Desgleichen die noch ungetrennten Erzeugnisse des Grundstücks[13], jedoch unbeschadet des Rechtes des Pächters auf den Fruchtgenufs[14]. Endlich auch die mit dem Grundstück verbundenen Realrechte.

2. Getrennte Bestandteile bleiben grundsätzlich der Pfandhaftung unterworfen. Dies gilt unbedingt für die durch Abschreibung getrennten Flächenstücke, falls nicht auf Grund einer Bewilligung des Gläubigers oder ausnahmsweise auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses oder einer Enteignung die lastenfreie Abschreibung erfolgt. Dagegen gilt es für die durch Trennung in bewegliche Sachen verwandelten Bestandteile, insbesondere die

---

[10] Handelt es sich um eine liegenschaftliche Gerechtigkeit, so gelten, insoweit deren Natur es zuläfst, entsprechende Regeln. Bei dem Pfandrecht an einer Bahneinheit ergreift die Haftung alle ihr kraft Gesetzes zugehörigen Sachen und Rechte; Preufs. Ges. § 4.

[11] B.G.B. § 1131; oben § 119 S. 309 Anm. 12. — Ebenso werden natürliche An- und Zuwüchse ergriffen; vgl. Roth a. a. O. Anm. 7, Preufs. E.E.G. § 30.

[12] Das geltende Recht gewährt dem Hersteller des Gebäudes oder einzelner Gebäudeteile hiergegen kein Schutzmittel; oben S. 43. Über das bisherige gemeine R. vgl. Seuff. XL Nr. 24, R.Ger. XII Nr. 37.

[13] Daher kann nach C.Pr.O. § 810 Abs. 2 der Gläubiger einer Pfändung der stehenden Früchte, wenn sie nicht für einen ihm vorgehenden Anspruch erfolgt, widersprechen. Mit der Beschlagnahme des Grundstücks werden sie überhaupt unpfändbar.

[14] Es bleibt nach Zw.V.G. § 21 Abs. 3 von der Beschlagnahme unberührt. Entw. I § 1067 entzog die dem Pächter gebührenden Früchte überhaupt der Pfandhaftung. Ebenso das Preufs. A. L.R. und in ganz Preufsen die spätere Grundbuchgesetzgebung, die nachgebildeten Ges. u. das französ R., während das gem. R., das bayr., württ. u. sächs. R. dem Pächter keinen Schutz gewährten; vgl. Roth § 307 I 4, Regelsberger § 70, Motive III 653 ff. — Das dingliche Recht des Niefsbrauchers auf den Fruchtgenufs geht dem Recht des Pfandgläubigers insoweit, aber auch nur insoweit vor, als es einen besseren Rang hat. — Veräufserung der stehenden oder hängenden Früchte durch den Eigentümer läfst das Pfandrecht unberührt; R.Ger. V Nr. 80.

Digitized by Google

Früchte, nur insoweit, als sie nicht mit der Trennung in das Eigentum eines Anderen als des Eigentümers oder Eigenbesitzers des Grundstücks, z. B. des Nutzniefsers oder des Pächters, gelangt sind[15]. Die Pfandhaftung erlischt überdies, wenn die Sache vor der Beschlagnahme für den Gläubiger veräufsert und vom Grundstück entfernt ist[16]. Blofse Veräufserung ohne Entfernung bringt auch gegenüber dem in Ansehung des Pfandrechts gutgläubigen Erwerber das Pfandrecht nicht zum Erlöschen. Andererseits wirkt, sobald die Entfernung erfolgt ist, auch eine frühere Beschlagnahme dann nicht gegen den Erwerber, wenn dieser bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme in gutem Glauben war. Durch blofse Entfernung ohne Veräufserung erlischt die Pfandhaftung, wenn die Trennung in den Grenzen einer ordnungsmäfsigen Wirtschaft stattgefunden hat und die Entfernung nicht blofs zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt. So wird das geerntete Getreide durch Verbringung in ein Lagerhaus, Obst durch Überführung in den Stadtkeller des Gutsbesitzers pfandfrei[17].

3. Zubehörstücke sind dem Grundpfandrechte mit unterworfen, sie müfsten denn nicht in das Eigentum des Grundeigentümers gelangt sein[18]. Jeder Grundpfandgläubiger kann daher

---

[15] B.G.B. § 1120 (für den Nießbraucher tritt aber nach dem in der vor. Anm. Gesagten die Befreiung mit der Trennung nur ein, wenn sein Recht den besseren Rang hat; vgl. Fuchs Bem. 5c, Biermann Bem. 2; a. M. Planck Bem. 2b). So auch nach Preuß. E.E.G. § 30, Oldenb. § 30, Braunschw. § 35, Anhalt. Pf.G. § 33, Hamb. G. § 31 Dagegen wurden nach Bayr. H.G. § 33, Württ. Pf.G. Art. 49, Sächs. Gb. § 414, Hess. Pf.G. Art. 51, Weimar. § 85, Altenb. § 54 die Früchte stets durch Trennung vor der Beschlagnahme pfandfrei.

[16] B.G.B. § 1121. Nach dem bisherigen preuß. R. u. den verwandten Gesetzen (oben Anm. 15) genügte entweder Veräußerung oder Wegschaffung; R.Ger. XXII Nr. 55.

[17] B.G.B. § 1121—1122. Soweit die Früchte zugleich Zubehör sind, werden sie durch bloße Wegschaffung niemals pfandfrei; so auch Preuß. E.E.G. § 30. Andererseits werden getrennte land- und forstwirtschaftliche Erzeugnisse nur insoweit, als sie Zubehör sind, von der Beschlagnahme des Grundstücks zur Zwangsversteigerung, im übrigen nur von der Beschlagnahme behufs Zwangsverwaltung mitumfaßt; Zw.V.G. § 21 Abs. 1 u. § 148.

[18] B.G.B. § 1120. Ebenso nach bisherigem Recht; nur nach Württ. Pf.G. Art. 3 u. 51 bedurfte es besonderer Mitverpfändung; Römer § 22 Anm. 20, Roth § 307 Anm. 5. — Die Beschlagnahme des Grundstücks umfaßt stets auch das Zubehör; Zw.V.G. § 20 Abs. 2. — Unbewegliche Pertinenzen sind vom B.G.B. nicht mehr anerkannt; nach bisherigem Recht sind auch sie mitverhaftet; Preuß. E.E.G. § 30 (anders A. L.R. I, 20 § 454), Bayr. H.O. § 33, Sächs. Gb. § 410; österr. R. b. Exner § 38 Anm. 30 u. 42.

Digitized by Google

auch das allgemeine Verbot der Pfändung von Grundstückszubehör anderen Gläubigern gegenüber für sich anrufen[19]. Die mithaftenden Zubehörstücke werden aber durch Veräufserung und Entfernung vom Grundstücke vor der Beschlagnahme in gleicher Weise, wie getrennte Erzeugnisse, und durch Aufhebung der Zubehöreigenschaft vor der Beschlagnahme insoweit, als sie in den Grenzen einer ordnungsmäfsigen Wirtschaft erfolgt, auch ohne Veräufserung und möglicherweise sogar ohne Entfernung von der Haftung befreit[20].

4. Von den bürgerlichen Früchten sind die Miets- und Pachtzinse und die wiederkehrenden Leistungen auf Grund eines mit dem Grundstücke verbundenen Rechtes dem Grundpfandrechte mit unterworfen[21].

a. Miets- und Pachtzinsforderungen werden von dem Grundpfandrechte an einem vermieteten oder verpachteten Grundstücke mit ergriffen. Ihre Haftung bildet ein Äquivalent dafür, dafs der Miets- oder Pachtvertrag von der Beschlagnahme des

---

[19] C.Pr.O. § 865 Abs. 2; oben § 105 S. 78 Anm. 36. Auch nach bisherigem preufs. R. (Zw.V.G. § 206) konnte er der Pfändung widersprechen; Dernburg II 150. Anders O.L.G. Oldenburg b. Seuff. XLVIII Nr. 164.

[20] B.G.B. § 1121—1122. Das Preufs. E.E. § 30 forderte stets Veräufserung und Entfernung; ebenso Anhalt. Pf.G. § 33, Meckl. V. v. 3. Mai 1879 § 2. Der Code civ. Art. 2119, 2133, das Bad. L.R. Art. 2114 a u. das Württ. Pf.G. Art. 3 u. 51 begnügen sich mit der Entfernung. Nach Bayr. H.O. § 35 u. Rudolst. § 26 erlischt durch Veräufserung das Recht des Gläubigers nur gegenüber dem dritten Besitzer. Das Sächs. Gb. § 413, Altenb. G. § 68 u. Reufs § 67 schützen nur den gutgläubigen Erwerber.

[21] Die Haftung tritt unbedingt und unabhängig von der Fälligkeit ein; Planck zu § 1123 Bem. 2, Biermann Bem. 1, Kober Bem. 2; a. M. Dernburg § 229 I. So auch nach bisherigem Preufs. E.E.G. § 30 („Miet- und Pachtzinse und sonstige Hebungen") und den nachgebildeten Ges., sowie nach französ. R. (Puchelt I § 35 u. 82) u. bayr. R. (Regelsberger § 70). Nach anderen Gesetzen haften die bürgerlichen Früchte nur insoweit, als sie nach den für die Haftung der natürlichen Früchte entscheidenden Zeitpunkten fällig werden; Württ. Pf.G. Art. 49, Hess. Art. 54, Weim. § 85, Meckl. V. v. 3. Mai 1875 § 1 Z. 5, für den Mietszins Hamb. G. § 32, für die nicht an Stelle der natürlichen Früchte tretenden bürgerlichen Früchte auch Sächs. Gb. § 415. Nach manchen Gesetzen überhaupt nur infolge Konkurses oder Sequestration für die Folgezeit; Nassau. Pf.G. § 31, Altenb. § 54, Reufs j. L. § 53, Rudolst. § 26, für Miets- und Pachtzinse Sächs. Gb. § 415. — Die Beschlagnahme des Grundstücks behufs Zwangsversteigerung umfaßt die mithaftenden bürgerlichen Früchte nicht, wohl aber die Beschlagnahme behufs Zwangsverwaltung; Zw.V.G. § 21 Abs. 2, § 148. — Sonstige bürgerliche Früchte werden vom Grundpfandrecht nicht ergriffen; so z. B. nicht der Reinertrag einer Fabrik oder Gastwirtschaft; vgl. f. das preufs. R. R.Ger. II Nr. 66.

Digitized by Google

Grundstücks nicht berührt wird und die dem Pächter gebührenden Früchte jeder Haftung aus dem Grundpfandrecht entzogen sind. Die Forderung wird aber, soweit sie fällig ist, mit Ablauf eines Jahres vor der Beschlagnahme pfandfrei. Jedoch, wenn sie im voraus zu entrichten ist, nicht für eine spätere Zeit, als das laufende und das folgende Kalendervierteljahr. Auch mufs der Pfandgläubiger eine vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung über die Forderung gegen sich gelten lassen, so dafs sein Pfandrecht erlischt, wenn die Forderung durch Einziehung, Aufrechnung oder Erlafs zerstört oder durch Abtretung veräufsert oder durch Vorbehalt bei der Veräufserung des Grundstücks von diesem getrennt wird, und vor dem Recht des Dritten zurücktritt, wenn die Forderung belastet oder gepfändet wird. Doch ist wieder eine Vorausverfügung für einen späteren Zeitraum als das auf die Beschlagnahme folgende Kalendervierteljahr dem Pfandgläubiger gegenüber unwirksam. Soweit eine Verfügung unwirksam ist, wird durch sie in Ansehung des Grundpfandrechts die Forderung weder zerstört noch übertragen. Auch kann im Falle einer unwirksamen Einziehung der Mieter oder Pächter eine ihm gegen den Vermieter oder Verpächter zustehende Forderung nicht gegen den Pfandgläubiger aufrechnen[22].

b. Ansprüche aus einem Realrecht auf wiederkehrende Leistungen sind in gleicher Weise, wie Miets- und Pachtzinsforderungen, mitverhaftet. Nur werden sie durch Ablauf eines Jahres nach der Fälligkeit ohne Beschlagnahme unter allen Umständen haftfrei. Eine Vorausverfügung über den Anspruch ist hier dem Pfandgläubiger gegenüber unwirksam, wenn die Leistung erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig wird[23].

5. Ersatzansprüche für Wertminderung des Grundvermögens werden in gewissem Umfange vom Grundpfandrechte mitergriffen.

---

[22] B.G.B. § 1123—1126. — Ähnlich Preuß. E.E.G. § 31 und die nachgebildeten Ges., jedoch unter Beschränkung der wirksamen Vorausverfügung auf ein Vierteljahr; vgl. R.Ger. XXIX Nr. 59, XXXI Nr. 71, XXXVI Nr. 75. Das Hess. Pf.G. Art. 55 u. das Anhalt. § 33 gestatten die Vorausverfügung auf ein Jahr, das Bayr. G. v. 18. Febr. 1871 für die Zeit bis zum nächsten Ziel, das Öst. Gb. § 1102 für eine Bestandfrist. Die Gesetze, die die Fälligkeit entscheiden lassen (oben Anm. 21), erkennen gar keine Vorausverfügung als wirksam an.

[23] B.G.B. § 1126. Insbesondere kommen subjektiv-dingliche Reallastberechtigungen in Betracht.

Digitized by Google

a. Vor allem ist die Mithaftung der Versicherungsforderungen durchgedrungen[24]. Das Grundpfandrecht erstreckt sich ohne weiteres auf jede für den Eigentümer oder Eigenbesitzer des Grundstücks begründete Versicherungsforderung, insofern der versicherte Gegenstand dem Grundpfandrechte unterliegt[25]. Solche Versicherungsforderungen erscheinen als dem Grundvermögen einverleibte Zubehörungen der versicherten Sache[26]. Die Haftung erlischt jedoch, wenn nach Eintritt des Schadens der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist[27].

Im übrigen gelten verschiedene Regeln für die Forderungen aus Gebäudeversicherung und aus sonstiger Versiche-

---

[24] Über das bisherige R. vgl. Malfs, Z. f. d. g. H.R. VIII 384 ff., XIII 433 ff., v. Meibom S. 194, Stobbe-Lehmann § 149 Z. 3, Motive III 659 ff., 665 ff., J. Gierke, Die Versicherungsforderung bei Veräußerung der versicherten Sache, Berlin 1899, S. 137 ff. Für das gemeine Recht wurde überwiegend die Haftung der Versicherungsforderung verneint; so insbes. vom R.Ger. XII Nr. 41. Auch manche Hypothekengesetze schlossen sie aus; vgl. bayr. R. b. Regelsberger § 72, Württ. Pf.G. Art. 125, bad. R. b. Heinsheimer II 122. Doch sorgten vielfach die Satzungen der öffentlichen Feuerversicherungssozietäten und zum Teil auch der privaten Versicherungsgesellschaften für die Hypothekengläubiger; vgl. Regelsberger a. a. O., Siegmann § 40, Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 49, J. Gierke a. a. O. S. 156 ff. Mehr und mehr drang dann die gesetzliche Mitverhaftung der Versicherungsforderung durch. Vgl. für die Gebäudeversicherung Hess. Pf.G. Art. 159—160, Weim. § 170 ff., Rudolst. § 45, Hamb. § 31; für die Versicherung von Gebäuden, Früchten und Zubehör Preuß. E.E.G. § 30—31 und die nachgebildeten Ges.; ferner Anhalt. Pf.G. § 33; Meckl. V. v. 3. Mai 1884 (für Landgüter); Preuß. G. f. Köln v. 17. Mai 1884; Elsaß-Lothr. G. v. 4. Juli 1881; französ. R. b. Scherer, Jahrb. f. D. XX 80 ff., Puchelt I 27, 157, 277; Öst. Praxis b. Exner § 39; Schweiz. Ges. b. Huber III 613 ff. — Weitergehende Bestimmungen der Versicherungsgesellschaften zugunsten der Hypothekengläubiger bleiben daneben in Kraft; R.Ger. XXV Nr. 45.

[25] B.G.B. § 1127 Abs. 1. Neben der Gebäudeversicherung kommt namentlich die Versicherung von Zubehör und Früchten (Feuer-, Vieh- und Hagelversicherung) in Betracht. Die Beschlagnahme des Grundstücks ergreift auch die Versicherungsforderung, jedoch die Versicherungsforderung für getrennte land- und forstwirtschaftliche Erzeugnisse, soweit sie nicht Zubehör sind, nur im Falle der Zwangsverwaltung; Zw.V.G. § 21 u. 148.

[26] Vgl. J. Gierke a. a. O. S. 61 u. 80; Sächs. Ges. v. 23. Aug. 1862 § 92 u. Siegmann S. 150. Diese Auffassung ist auch für das B.G.B. zutreffend; aus dem bloßen Surrogationsprinzip läßt sich die Haftung der Forderung von ihrer Entstehung an nicht herleiten.

[27] B.G.B. § 1127 Abs. 2. So auch meist nach bisherigem Recht; vgl. Motive III 665, J. Gierke a. a. O. S. 166 ff. Die Versicherungsforderung wird damit zu einer gewöhnlichen Geldforderung, die nicht mehr zum Grundvermögen gehört.

Digitized by Google

rung (z. B. Mobiliarfeuerversicherung, Hagelversicherung, Viehversicherung)[28]. Handelt es sich nicht um eine Gebäudeversicherung, so ist die Forderung bis zur Beschlagnahme der freien Verfügung des Pfandschuldners unterworfen und wird durch Ablauf eines Jahres seit der Fälligkeit, wenn keine Beschlagnahme erfolgt, pfandfrei. Dagegen ist die Forderung aus einer Gebäudeversicherung schon vor der Beschlagnahme zugunsten der Pfandgläubiger gebunden. Denn auf das Grundpfandrecht an einer solchen Forderung sind die für das selbständige Forderungspfandrecht geltenden Vorschriften anwendbar, die den Pfandgläubiger gegen jede ihm nachteilige Verfügung über die Forderung und gegen jede Entfremdung des Leistungsgegenstandes sichern. Nur muſs er den ihm hiernach zustehenden Anspruch, daſs die Versicherungssumme vor der Fälligkeit seines Pfandrechts an ihn und den Versicherten gemeinsam und nachher an ihn allein gezahlt werde, binnen einer einmonatigen Ausschluſsfrist geltend machen. Die Frist beginnt mit dem Empfange einer Schadensanzeige vom Versicherer oder Versicherten oder im Falle der Untunlichkeit einer Anzeige mit der Fälligkeit der Versicherungssumme. Erfolgt bis zum Ablauf der Frist kein ausdrücklicher Widerspruch eines Grundpfandgläubigers, so kann sich der Versicherer durch Zahlung an den Versicherten befreien[29]. Im übrigen bleibt das Forderungspfandrecht des Grundpfandgläubigers unberührt, geht daher auch, wenn die Zahlung an den Eigentümer des Grundstücks stattgefunden hat, auf die gezahlte Geldsumme über[30].

---

[28] B.G.B. § 1128—1129. — Die Unterscheidung zwischen Gebäudeversicherung und sonstiger Versicherung ist neu eingeführt. Das Preuſs. E.E.G. § 31 verbot die Abtretung oder Verpfändung jeder Versicherungsforderung, schützte aber nicht gegen Auszahlung der Versicherungssumme und auch nicht gegen anderweite Pfändung vor der Beschlagnahme; R.Ger. XLL Nr. 55. Das Hannov. G. v. 1864 § 18 schützte die Gläubiger auch gegen Auszahlung der Versicherungssumme ohne ihre Zustimmung; v. Bar S. 97. Ähnlich Hess. Pf.G. Art. 149.

[29] B.G.B. § 1128 mit § 1281 ff. — Eingetragene Grundpfandrechte gelten als dem Versicherer bekannt.

[30] Gemäſs § 1287. Richtig J. Gierke, Jahrb. f. D. XL 418 ff. Unrichtig nehmen Biermann zu § 1128 Bem. 1, H. Lehmann, B.R. II 286, u. anscheinend auch Cosack § 232 V f β an, daſs die Pfandhaftung hier in gleicher Weise erlösche, wie bei sonstigen Versicherungsforderungen durch Zahlung vor der Beschlagnahme. Allein während in den Fällen des § 1129 grundsätzlich die Verfügung über die Forderung frei bleibt und somit durch Einziehung der Forderung das Haftungsobjekt zerstört wird, ist die Forderung aus Gebäudeversicherung grundsätzlich vinkuliert und die Anwendbarkeit der

Digitized by Google

Schlechthin zur Zahlung an den Versicherten ist bei jeder Art der Versicherung der Versicherer befugt, wenn er nach den Versicherungsbestimmungen nur verpflichtet ist, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen, und diesen Bestimmungen gemäfs zahlt[31]. Durch eine derartige Zahlung wird der Versicherer unabhängig davon, ob die Verwendung zur Wiederherstellung wirklich stattfindet, dem Pfandgläubiger gegenüber befreit. Dies gilt sogar noch nach der Beschlagnahme[32]. Doch wird die Versicherungssumme in der Hand des Grundeigentümers bei der Gebäudeversicherung stets, sonst, wenn die Zahlung nach der Beschlagnahme erfolgt ist, der Pfandhaftung unterworfen[33].

b. Aufserdem unterliegen Entschädigungsforderungen aus Enteignung oder gleichgestellten Eingriffen nach reichs- und landesgesetzlichen Bestimmungen den an dem entzogenen oder im Wert verminderten Gegenstande bestehenden Grundpfandrechten[34].

Auf sonstige Ersatzansprüche dagegen, insbesondere auf Entschädigungsansprüche aus unerlaubter Handlung, erstreckt sich das Grundpfandrecht nicht; ein allgemeines Surrogationsprinzip ist für das Grundvermögen nicht anerkannt[35].

IV. Veränderungen.

1. Änderungen des Inhalts eines Grundpfandrechtes erfolgen den allgemeinen Regeln gemäfs durch dinglichen Vertrag und Eintragung. Insoweit eine Erweiterung des Inhalts stattfindet, kann der Gläubiger einem gleich- oder nachstehenden Berechtigten gegenüber den ursprünglichen Rang seines Rechtes nur im Falle

---

Vorschriften über das Forderungspfandrecht lediglich nach Mafsgabe des § 1128 durchbrochen.

[31] B.G.B. § 1130. Über solche Bestimmungen vgl. J. Gierke, Versicherungsforderung S. 156 ff., 161 ff., Kober zu § 1130 Bem. 4.

[32] Hachenburg, Beitr. S. 81, Planck zu § 1130 Bem. 3; a. M. Fuchs Bem. 7 d, Biermann in 2. Aufl., Kober Bem. 1 b.

[33] Richtig auch hier J. Gierke, Jahrb. f. D. XL 431 u. 433. Unrichtig H. Lehmann S. 286 u. 287. — Über das Verhältnis zwischen Nießbrauch und Grundpfandrechten in Ansehung der ihnen gleichzeitig mitunterworfenen Versicherungsforderungen vgl. J. Gierke a. a. O. S. 416 ff.

[34] Vgl. oben § 128 X 4 S. 505 ff. Die Haftung beruht hier ausschließlich auf dem Prinzip der Surrogation.

[35] A. M. für das bisherige gemeine Recht Windscheid § 248 Anm. 9 u. Lippmann, Jahrb. f. D. VIII 29 ff., für das geltende Recht Endemann, B.R. § 123 Anm. 23.

Digitized by Google

der Bewilligung und Eintragung der Rangerstreckung geltend machen. Doch gilt hiervon eine Ausnahme zugunsten der nachträglichen Begründung oder Erhöhung der Verzinslichkeit einer Hypothek oder Grundschuld bis zum Zinssatze von fünf vom Hundert[86]. Ebenso ist eine Abänderung der Zahlungszeit oder des Zahlungsortes ohne Zustimmung der Nachberechtigten möglich[87]. Schon erwähnt ist, dafs auch die Umwandlung eines Grundpfandrechtes in ein Grundpfandrecht anderer Art keiner Zustimmung der Nachberechtigten bedarf (oben § 156 S. 838 Anm. 58).

2. Änderungen des Ranges eines Grundpfandrechts erfolgen nach den allgemeinen Regeln über Rangänderung, die für Grundpfandrechte zuerst ausgebildet und von besonderer Bedeutung sind, jedoch für alle Rechte an Grundstücken gleichmäfsig gelten. Nur bedarf jede Rangverschlechterung eines Grundpfandrechts der Zustimmung des Grundeigentümers[88].

3. Teilung. Die Grundpfandrechte sind teilbar. Die Teilung bedarf unerachtet der mit ihr verbundenen Belästigung nicht der Zustimmung des Eigentümers. Sie kann bei Gelegenheit einer Teilabtretung vollzogen werden und tritt von Rechts wegen bei dem gesetzlichen Teilübergange eines Grundpfandrechts (z. B. bei Teilbefriedigung oder Teilverzicht) ein. Der Berechtigte kann aber auch das Grundpfandrecht in seiner Hand in Teilgrundpfandrechte zerlegen (z. B. zur Vorbereitung einer Teilabtretung). Die Teilgrundpfandrechte haben nach der gesetzlichen Regel untereinander gleichen Rang, ihr Rangverhältnis kann aber ohne Zustimmung des Grundeigentümers geändert werden[89].

4. Übertragung. Alle Grundpfandrechte sind ohne Mitwirkung des Grundeigentümers übertragbar. Die Übertragung vollzieht sich durch Abtretung des dinglichen Rechts, die bei der Hypothek nur zusammen mit der Abtretung der Forderung erfolgen kann, bei der Grundschuld für sich stattfindet.

---

[86] B.G.B. § 1119 Abs. 1. Dieselbe Ausnahme galt nach Preufs. E.E.G. § 21 u. den nachgebildeten Ges., Meckl. H.O. f. Landgemeinden § 14 u. revid. Stadtb.O. § 15, Weimar. Pf.G. § 93, Anhalt. § 39. — Auf eine Erhöhung der Rente bei der Rentenschuld ist die Bestimmung trotz § 1200 nicht anwendbar. Unanwendbar ist sie auch gemäfs § 1190 Abs. 2 bei der Sicherungshypothek.

[87] B.G.B. § 1119 Abs. 2. Diese Bestimmung gilt auch für die Rentenschuld. Sie deckt auch eine Abänderung der Kündigungsbedingungen.

[88] Oben § 119 S. 323 Anm. 87.

[89] B.G.B. § 1151. Über das bisherige Recht Preufs. Grdb.O. § 83, Bayr. H.O. § 154, Hess. Pfd.G. Art. 100, Österr. G. § 13; Dernburg u. Hinrichs II § 31, Regelsberger § 88 Z. 4, Exner § 50 Anm. 30 ff.

Digitized by Google

Die Übertragung ist an eine sachenrechtliche Form gebunden, die bei den einzelnen Arten der Grundpfandrechte ungleich ist, immer aber auf äufsere Erkennbarkeit des Rechtsüberganges abzielt[40]. Formfrei ist jedoch die Übertragung jedes Grundpfandrechts (mit oder ohne Forderung) in Ansehung der Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen und von Renten und des Anspruchs auf Erstattung der kraft Gesetzes auf dem Grundstücke mitlastenden Kosten[41].

Im Gegensatze zur Abtretung einer Forderung tritt die Wirkung des Rechtsüberganges auch dem Eigentümer gegenüber nicht erst mit einer Anzeige an ihn oder sonstiger Kenntniserlangung, sondern sofort ein. Der Eigentümer kann sich also dem neuen Gläubiger gegenüber in Ansehung der dinglichen Schuld auch auf eine in gutem Glauben an den bisherigen Gläubiger geleistete Zahlung oder mit ihm gepflogene Verhandlung nicht berufen, wenn zurzeit der Vornahme die Übertragung schon vollzogen war[42]. Eine Ausnahme gilt nur für eine vor Berichtigung des Grundbuchs erfolgte Kündigung[43]. Doch ist diese den Eigentümer zur Erforschung der jeweiligen Gläubigerstellung nötigende Regel bei der Sicherungshypothek unanwendbar[44]. Überdies erstreckt sie sich bei allen Grundpfandrechten nicht auf die formfrei übertragbaren Neben- und Einzelansprüche und auch nicht auf die Ansprüche wegen der künftigen Zinsen, sonstigen Nebenleistungen und Renten, sofern nur die Fälligkeit spätestens im laufenden oder nächstfolgenden Kalendervierteljahr eintritt[45]. Der Eigentümer wird also namentlich, bis er die Übertragung erfahren hat, durch

---

[40] Dagegen ist der obligationenrechtliche Vertrag, durch den sich der Grundpfandgläubiger zur Abtretung seines Rechts verpflichtet, an keinerlei Form gebunden; R.Ger. LIV Nr. 43.

[41] B.G.B. § 1159; hinsichtlich der Renten § 1200.

[42] B.G.B. § 1156 S. 1 (Unanwendbarkeit der §§ 406—408). Der Eigentümer kann sich bei den Briefgrundpfandrechten durch das Verlangen der Vorlegung des Briefes, dagegen bei Buchgrundpfandrechten nur durch Einsicht des Buches schützen. — Das bisherige Recht zog diese strenge Folgerung aus dem Öffentlichkeitsprinzip nicht im gleichen Umfange; vgl. Regelsberger § 88 Z. 2. Vielfach trennte es überdies den Rechtsübergang von der Legitimation zur Ausübung des erworbenen Rechts durch Brief oder Buch; vgl. oben § 157 S. 845 Anm. 29—31 u. 33.

[43] B.G.B. § 1156 S. 2. Ist aber die Umschreibung im Buch erfolgt, so ist auch gutgläubige Kündigung an den bisherigen Gläubiger unwirksam.

[44] B.G.B. § 1185 Abs. 2.

[45] B.G.B. § 1158, 1159, 1200 Abs. 1.

Digitized by Google

Zahlung der Zinsen und Renten an den bisherigen Gläubiger nicht nur unbedingt in Ansehung der Rückstände, sondern für den angegebenen Zeitraum auch im Falle der Vorauszahlung befreit.

Der Übergang des dinglichen Rechts erfolgt an sich mit den ihm anhaftenden Mängeln. Der Eigentümer kann daher dem neuen Gläubiger die ihm in Ansehung des dinglichen Rechts gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Einwendungen entgegensetzen. Und zwar kann er nicht nur Einwendungen gegen den Bestand des Grundpfandrechts erheben[46], sondern auch Einreden gegen das Grundpfandrecht aus einem zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnis herleiten[47]. Allein der neue Gläubiger ist gegen alle derartigen Einwendungen insoweit geschützt, als er sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches berufen kann[48]. Dieser Schutz versagt nur wieder hinsichtlich der Ansprüche auf fällige oder im laufenden oder folgenden Kalendervierteljahr fällig werdende Zinsen, andere Nebenleistungen und Renten und hinsichtlich der Ansprüche auf Kostenerstattung[49].

---

[46] Wie z. B., die Verpfändung sei nur zum Schein erfolgt oder im Zustande der Geschäftsunfähigkeit erklärt oder als erzwungen oder erschlichen anfechtbar.

[47] B.G.B. § 1157. Dahin gehören z. B. bei der Hypothek die Einreden aus einem Verzicht des Gläubigers auf Geltendmachung des dinglichen Rechts oder aus einer Stundung oder aus dem Versprechen, zuerst den persönlichen Schuldner zu belangen. Bei der Grundschuld aber fallen unter § 1157 auch Einreden, die sich bei der Hypothek als Einreden gegen die Forderung (§ 1137—1138) darstellen, wie z. B. die Einrede der nicht empfangenen Valuta, des Zugrundeliegens eines wucherischen Geschäfts oder eines Spielvertrages, der Zahlung usw.

[48] Hinsichtlich der in Anm. 46 bezeichneten Einwendungen nach § 892, hinsichtlich der in Anm. 47 erwähnten Einreden nach der in § 1157 erfolgten Verweisung auf § 892. Der Gläubiger braucht sich also immer nur Mängel des dinglichen Rechts entgegensetzen zu lassen, die er beim Erwerbe kannte oder aus dem Grundbuche ersehen konnte. Darum ist aber auch der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs und das Schutzmittel des Widerspruchs (§ 894—899) auf die nach § 1157 aus dem persönlichen Rechtsverhältnisse ableitbaren Einreden erstreckt.

[49] B.G.B. § 1158 u. § 1159 Abs. 2. Insoweit muß sich daher der neue Gläubiger auch eine ihm unbekannte und aus dem Grundbuche nicht ersichtliche Zahlung an einen Rechtsvorgänger oder einen von diesem gewährten Erlaß oder Aufschub entgegensetzen lassen. Dagegen kann der Eigentümer sich für einen späteren Zeitraum auf eine von ihm bewirkte Vorauszahlung von Zinsen oder Renten, eine ihm bewilligte Zinsherabsetzung usw. nicht berufen, wenn der neue Gläubiger beim Erwerbe des Grundpfandrechtes davon aus dem Grundbuche nichts erfahren konnte und auch sonst nichts erfahren hat.

Digitized by Google

5. Belastung. Grundpfandrechte können mit einem Niefsbrauch oder einem Pfandrecht belastet werden. Dabei gelten hinsichtlich der accessorischen oder selbständigen Belastbarkeit des dinglichen Rechts und hinsichtlich der Belastung ähnliche Unterschiede, wie bei der Übertragung. Auf das Verhältnis zwischen dem Erwerber des Rechts am Grundpfandrecht und dem Eigentümer finden durchweg die Vorschriften über das Verhältnis zwischen einem neuen Gläubiger und dem Eigentümer entsprechende Anwendung[50].

6. Pfändung. Die Zwangsvollstreckung in ein Grundpfandrecht erfolgt im Wege der Pfändung und der gerichtlichen Überweisung nach ähnlichen Regeln, wie die rechtsgeschäftliche Belastung und Übertragung[51]. Auch die Vorschriften über den Eintritt der Wirksamkeit des Rechtsüberganges gegenüber dem Eigentümer sind anwendbar. Dagegen kommt der öffentliche Glaube des Grundbuches so wenig hier, wie sonst, dem Erwerbe kraft Zwangsvollstreckung zugute[52].

7. Übergang kraft Gesetzes. Grundpfandrechte gehen gleich anderen Rechten an Grundstücken durch Erbgang und sonstige Gesamtnachfolge von Rechts wegen über. Aufserdem aber findet in vielen Fällen eine gesetzliche Sondernachfolge in Grundpfandrechte statt, indem unmittelbar infolge der Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandes das dingliche Recht auf einen Dritten, der den Gläubiger befriedigt, auf den persönlichen Schuldner oder auf den Eigentümer selbst übergeht[53]. Hier bedarf es keiner Übertragungshandlung. Doch kann der neue Gläubiger die Anerkennung der Übertragung in öffentlich beglaubigter Urkunde und die Aushändigung der zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Urkunden verlangen[54].

---

[50] Vgl. oben § 147 VII S. 689 ff., 692 ff. u. unten § 172; B.G.B. § 1069—1070, 1080, 1274—1275, 1291.

[51] C.Pr.O. § 830, 837, 857 Abs. 6. Die Art der Pfändung ist daher bei den einzelnen Arten des Grundpfandrechts ungleich. Immer aber gelten für die Pfändung von Ansprüchen auf rückständige Einzelleistungen und Kosten die gewöhnlichen Regeln der Forderungspfändung.

[52] Oben § 119 S. 329 Anm. 115. Gerade hier war für das preufs. u. bayr. R. eine entgegengesetzte Praxis durchgedrungen; Dernburg, H.R. II 238 ff., Regelsberger S. 150 Anm. 19, R.Ger. XXIX Nr. 61.

[53] Im bisherigen Recht sprach man hier von „hypothekarischer Succession“. Vgl. bes. Roth, Arch. f. c. Pr. LXII 97 ff., D.P.R. § 316—317, Rudolph, Arch. f. c. Pr. LXVII 208 ff., Römer § 42.

[54] B.G.B. § 1144, 1145, 1155, 1167.

Digitized by Google

V. Geltendmachung. Die Geltendmachung des Grundpfandrechtes erfolgt durch dingliche Klage, die dem Gläubiger auch dann, wenn er zugleich eine persönliche Klage aus einer durch das Grundpfandrecht gesicherten Forderung hat, unabhängig von dieser und neben ihr gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zusteht[55]. Bei der Rechtsverfolgung gilt zugunsten des Gläubigers derjenige, der im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, unbedingt als Eigentümer, so daſs ein gegen ihn erlangter vollstreckbarer Titel genügt; doch bleibt dem wahren nicht eingetragenen Eigentümer das Recht vorbehalten, die ihm gegen das Grundpfandrecht zustehenden Einwendungen geltend zu machen[56].

1. Vor der Fälligkeit der dinglichen Schuld hat der Grundpfandgläubiger einen Anspruch darauf, daſs seine Sicherheit nicht durch Entwertung des Grundvermögens infolge Verschlechterung des Grundstücks oder seines Zubehörs gefährdet werde[57]. Droht eine solche Gefährdung durch Einwirkung des Eigentümers oder eines Dritten, so kann der Gläubiger nicht nur gegen den Eigentümer, sondern auch gegen den Dritten (z. B. den Nieſsbraucher oder Pächter) auf Unterlassung der Einwirkung (z. B. einer Waldverwüstung, eines Gebäudeabbruchs, der Wegschaffung von Zubehör) klagen. Gegen den Eigentümer, der die Einwirkung ausübt oder die erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder gegen andere Beschädigungen unterläſst, kann er überdies gerichtliche Schutzmaſsregeln verlangen. Ist die Gefährdung, gleichviel aus welchem Grunde, eingetreten, so kann er dem Eigentümer eine angemessene Frist zu ihrer Beseitigung setzen und nach deren Ablauf, wenn nicht die Beseitigung entweder durch

---

[55] So auch nach bisherigem Recht; vgl. Roth, D.P.R. § 313 ff., Stobbe-Lehmann § 152, Dernburg, H.R. II § 34 ff., Regelsberger § 78 ff., Römer § 45 ff., Siegmann § 47 ff., v. Meibom § 21 ff., Exner § 34 ff u. 43 ff.

[56] B.G.B. § 1148. Der Eigentümer kann seine Einwendungen im Prozeß durch Intervention (C.Pr.O. § 64 u. 70) und noch im Vollstreckungsverfahren durch Widerspruch (C.Pr.O. § 771) zur Geltung bringen. Vgl. Jacubetzky, Bemerkungen S. 218 ff.

[57] B.G.B. § 1133—1135. Über das bisherige Recht vgl. Preuß. L.R. I, 20 § 441—442, E.E.G. § 50; Bayr. H.G. § 18 u. 54; Sächs. Gb. § 377; Württ. Pf.G. Art. 52; Weimar. § 101; Hess. Art. 80; Öst. Gb. § 458; Roth § 307 III, § 311; Stobbe-Lehmann § 149 Z. 7; Dernburg, H.R. II § 34 Z. 2; Regelsberger § 76—77; Exner § 33. — Ob die Verschlechterung die Sicherheit gefährdet, richtet sich nach dem Verhältnis des Betrages des Grundpfandrechts zu dem Werte des Grundstücks und nach dem Range des Grundpfandrechts.

Digitized by Google

Verbesserung des Grundstücks oder durch anderweitige grundpfandmäfsige Sicherstellung (Rangverbesserung oder Verpfändung eines anderen Grundstücks) erfolgt ist, sofort Befriedigung aus dem Grundstück suchen. Doch mufs er, wenn die Schuld unverzinslich ist, sich Zwischenzins abrechnen lassen[58].

2. Nach der Fälligkeit der dinglichen Schuld hat der Gläubiger den Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung[59]. Er kann daher, sobald er sich einen vollstreckbaren Titel verschafft hat, im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung des Grundstücks oder beides nebeneinander betreiben[60]. Er kann aber auch im Wege der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen sich an die mithaftenden beweglichen Sachen und Rechte halten, soweit sie nicht, weil sie Zubehör sind, überhaupt oder, weil sie von einer Beschlagnahme behufs Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung mitbetroffen sind, zur Zeit der Pfändung entzogen sind[61].

---

[58] Die Ansprüche des Gläubigers werden durch Genehmigung der wertmindernden Handlung oder Unterlassung ausgeschlossen; Preufs. O.Trib. b. Strieth. XCV 91, Entsch. LXXVI 117. Dagegen ist ein Verschulden des Pfandschuldners, wie es das Preufs L.R. u. das Bayr. H.G. § 18 voraussetzen, nicht erforderlich. So schon für das Preufs. E.E.G. § 50 die überwiegende Meinung u. das R.Ger. XXXVII 356; anders Eccius § 194 u. Dernburg, H.R. II 254. Auch eine zufällige Verschlechterung durch Naturereignisse (z. B. eine Überschwemmung) genügt; Dernburg, B.R. § 235 II, Endemann § 122 Anm. 25, Planck, Fuchs, Kober zu § 1133. Verschlechterung ist auch die Nichterneuerung einer Versicherung; R.Ger. XXXVII Nr. 96, Rspr. d. O.L.G. IV 485; a. M. Planck zu § 1133 Bem. 2b, Biermann Bem. 1, Fuchs Bem. 3. Doch nimmt das R.Ger. LII Nr. 79 an, dafs sie zunächst nur die Besorgnis einer Verschlechterung, also nur die Ansprüche aus § 1134 begründet. (Das bayr. R. gewährte überhaupt dem Gläubiger einen Anspruch auf die Versicherung; Regelsberger § 76 I, Kober zu § 1127 Bem. III). Immer aber mufs es sich um eine gegenständliche Veränderung handeln. Ein blofses Sinken des Werts durch veränderte Konjunktur reicht nicht aus; a. M. Biermann in 1. Aufl. zu § 1133, der aber in 2. Aufl. dies zurückgenommen hat.

[59] B.G.B. § 1147; C.Pr.O. § 864 ff.; Zw.V.G. v. 24. März 1897.

[60] Die Zwangsversteigerung kann er nur gegen den eingetragenen Eigentümer oder dessen Erben, die Zwangsverwaltung auch gegen den Eigenbesitzer betreiben; Zw.V.G. § 17 u. 147. Bei dem Revenüengrundpfandrecht ist er auf die Zwangsverwaltung beschränkt; oben § 157 S. 849 Anm. 46. — Daneben hat er das Recht auf Eintragung einer Sicherungshypothek; unten § 163 I 2. Dies hat praktische Bedeutung z. B. bei Zins- oder Rentenrückständen über 300 Mark.

[61] C.Pr.O. § 865; Zw.V.G. § 20—21 u. 148. Der Gläubiger kann daher

Das Recht des Gläubigers auf Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung fällt weg, wenn er in anderer Weise befriedigt wird. Ein Recht, ihn zu befriedigen und damit zugleich das Grundpfandrecht für sich zu erwerben, hat der Eigentümer, sobald die dingliche Schuld zahlbar ist[62]. Die dingliche Schuld schliefst also ein Lösungsrecht ein. Das gleiche Lösungsrecht aber hat jeder durch die Zwangsvollstreckung gefährdete Dritte, sobald der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt. So kann namentlich jeder gleich- oder nachstehende dinglich Berechtigte, aber auch z. B. der in seinem Besitz bedrohte Mieter oder Pächter behufs Abwendung der Zwangsvollstreckung das Grundpfandrecht durch Befriedigung des Gläubigers für sich erwerben[63].

VI. Beendigung. Die Grundpfandrechte erlöschen gleich anderen Rechten an Grundstücken durch Untergang des belasteten Gegenstandes[64], durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder

(z. B. wegen bloßer Zinsrückstände) zunächst durch Pfändung der stehenden Früchte (C.Pr.O. § 810) oder der getrennten Bodenerzeugnisse (C.Pr.O. § 808) oder einer Miets- oder Pachtzinsforderung (C.Pr.O. § 829) usw. Befriedigung suchen. Die Pfändung der getrennten land- und forstwirtschaftlichen Erzeugnisse und der Miets- oder Pachtzinsforderungen ist auch noch nach Einleitung der Zwangsversteigerung zulässig, da die Beschlagnahme sie nicht ergreift; vgl. oben Anm. 17, 21 u. 25.

[62] Vgl. unten § 160 IV 4, § 164 III, § 165 III und über das Eigentümergrundpfandrecht § 166.

[63] B.G.B. § 1150 mit § 268. Dieses Lösungsrecht stammt aus dem römischen jus offerendi und findet sich auch im bisherigen Recht; Preuß. L.R. I, 20 § 36 ff., Dernburg, H.R. II 256; Bayr. H.G. § 63, Regelsberger § 90; Württ. Pf.G. Art. 105—106, Römer § 42, Lang § 186; Sächs. Gb. § 435, 446, Siegmann § 85; Hess. Pf.G. § 103—106; Weim. § 74—77; meckl. R. b. v. Meibom S. 201 ff., 236 Anm. 16; Öst. Gb. § 462, 1422, Exner § 69; Seuff. XXI Nr. 109; Roth § 316 III; Stobbe-Lehmann § 152 Z. 8. Doch wurde das Lösungsrecht meist nur anderen Pfandgläubigern (in Mecklenburg allen Realberechtigten, in Preußen auch dem Bürgen) gewährt. Regelmäßig gebührte es auch vorstehenden Pfandgläubigern, die nach heutigem Recht durch die Zwangsvollstreckung nicht gefährdet sind. Die Ausübung war überall durch gerichtliche Geltendmachung des Grundpfandrechts und vielfach sogar durch Beginn der Zwangsvollstreckung bedingt, ist also durch das B.G.B. wesentlich erleichtert. Nach preuß. R. erlangte der Ablösende nur einen Anspruch auf Abtretung der Hypothekenforderung. Dagegen erfolgte nach den übrigen Gesetzen, wie nach dem B.G.B., der Übergang von Rechts wegen.

[64] Dies ist besonders wichtig für Grundpfandrechte an Gerechtigkeiten. Handelt es sich z. B. um ein befristetes Erbbaurecht, so wird, da der Pfandgläubiger zwar gegen vorzeitige Aufhebung des Erbbaurechts geschützt ist (B.G.B. § 876), mit dem Eintritt der Endfrist aber sein Pfandobjekt verliert, sich nur die Belastung mit Amortisationsschulden empfehlen.

Digitized by Google

einer Endfrist[65], durch Buchversitzung auf Grund unrichtiger Löschung[66] und durch pfandfreien Übergang des Eigentums auf einen Dritten[67]. Das Grundpfandrecht für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen oder von Renten erlischt auch durch Vereinigung mit dem Eigentum[68], während im übrigen die Vereinigung nicht beendigend wirkt[69].

Die Grundpfandrechte erlöschen ferner durch rechtsgeschäftliche Aufhebung. Diese fordert aufser der Verzichtserklärung des Gläubigers und der Löschung im Grundbuche eine dem Grundbuchamte oder dem Gläubiger gegenüber abgegebene Zustimmungserklärung des Eigentümers[70]. Einseitiger Verzicht des Gläubigers beendigt das Grundpfandrecht nicht[71].

---

[65] Auch nach bisherigem Recht tritt, soweit es sich um eine eingetragene Beschränkung des Grundpfandrechts selbst handelt, die Beendigung ohne Löschung ein. Vgl. preufs. R. b. Dernburg, H.R. II 310; Bayr. H.G. § 71—72, Regelsberger § 97 VI; Württ. Pf.G. § 8, 127, Römer S. 246; Weimar. Pf.G. § 178, 182; Hess. Art. 146—147, 152; Sächs. Gb. § 451; Österr. Gb. § 468, Exner S. 268 ff. — Nach Code civ. Art. 2180 erlischt die Hypothek von selbst mit Ablauf von 10 Jahren, wenn sie nicht vorher erneuert wird. Ebenso nach Bad. G. v. 5. Juni 1860 Art. 1 in 30 Jahren, nach Weimar. Pf.G. § 186, 190—194 in 50 Jahren.

[66] Oben § 119 X 1 b S. 332.

[67] So in den Enteignungsfällen; hinsichtlich eines Grundstücksteiles auch bei lastenfreier Abschreibung, hinsichtlich mithaftender Früchte, Zubehörstücke und Forderungen in den oben besprochenen Fällen pfandfreier Veräufserung.

[68] B.G.B. § 1178. Ausgenommen, so lange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf die Leistung zusteht.

[69] B.G.B. § 1177. So auch meist nach bisherigem Recht; vgl. Preufs. E.E.G. § 65; Sächs. Gb. § 443 u. 458; Altenb. H.O. § 121; Hamb. § 35; Lüb. § 41; meckl. R. b. v. Meibom S. 276; Österr. Gb. § 1446, Exner S. 627 ff. — Anders Bayr. H.G. § 161, Regelsberger § 97 II; Hess. Pf.G. Art. 152; Weim. § 160; französ. R., Puchelt § 83, R.Ger. XVI Nr. 66.

[70] B.G.B. § 1183 (aufserdem gemäfs § 876, wenn an dem Grundpfandrecht ein Recht eines Dritten besteht, auch dessen Zustimmung). — Aufhebungsgeschäft und Löschung müssen auch nach Preufs. E.E. § 57 (vgl. R.Ger. XIX Nr. 56), Sächs. Gb. § 455, Hess. Pf.G. Art. 163, Meckl. H.O. (v. Meibom § 35), Anhalt. § 9, Altenb. § 127, Hamb. § 43 usw. zusammentreffen, während nach Bayr. H.G. § 83, Württ. Pf.G. Art. 123 u. 135, Weim. § 195 u. 197, Meining. Art. 10 u. Öst.Gb. § 467 die Löschung nur erforderlich ist, um die Aufhebung gegen gutgläubige Dritte wirksam zu machen. Das Aufhebungsgeschäft wird im bisherigen Recht meist als Verzicht oder Entsagung des Gläubigers behandelt, doch wird entweder Annahme des Verzichts gefordert (Regelsberger § 97 V, Sächs. Gb. § 455) oder die Löschung nur auf Antrag des Eigentümers zugelassen.

[71] Vielmehr bewirkt er Übergang des Grundpfandrechts auf den Eigen-

Digitized by Google

Weiter erlischt jedes Grundpfandrecht durch Befriedigung aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundvermögen[72]. Dagegen wird das Grundpfandrecht durch anderweitige Befriedigung nicht beendigt[73]. Ebensowenig erlischt es durch die Ausschliefsung des Gläubigerrechts im Wege des Aufgebotsverfahrens[74].

Endlich kann das Grundpfandrecht durch Zwangsversteigerung des Grundstücks erlöschen. Während aber in den älteren deutschen Gesetzen überwiegend der Grundsatz durchgedrungen war, dafs das Grundstück frei von allen Pfandrechten auf den Ersteher übergeht und die Gläubiger sich lediglich an den durch beliebiges Meistgebot bestimmten Kaufpreis halten können[75], beruht das geltende Recht auf dem Deckungsprinzip, nach dem nur ein Gebot zulässig ist, das alle dem Recht des betreibenden Gläubigers vorgehenden Rechte am Grundstück deckt, und auf dem Übernahmeprinzip, nach dem die durch das geringste Gebot

---

tümer. Der Verzicht ist formalisiert. Er bedarf der Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer und der Eintragung. Nur der Verzicht auf das Grundpfandrecht für Rückstände und Kosten kommt durch formlose Erklärung gegenüber dem Eigentümer zustande. Zustimmung eines Drittberechtigten ist wie zur Aufhebung erforderlich. B.G.B. § 1168, § 1178 Abs. 2.

[72] B.G.B. § 1181 Abs. 1 u. 3. Die Berichtigung des Grundbuches erfolgt von Amts wegen; Zw.V.G. § 130, 158.

[73] So auch bisher nach Preufs. E.E.G. § 57 u. den anderen Gesetzen, die das Eigentümergrundpfandrecht ausgebildet haben. Aber auch nach den Gesetzen, die die Tilgung der Schuld nur als Löschungsgrund behandeln, wie Öst. Gb. § 469, Sächs. Gb. § 459, Hess. Pf.G. Art. 152, Altenb. § 118, beide Reufs § 117. Dagegen erscheint die Tilgung der Schuld noch als Beendigungsgrund der Hypothek nach Bayr. H.G. § 80 (Regelsberger § 97 III), Württ. Pf.G. Art. 123, Weim. § 158, Code civ. Art. 2180.

[74] Das Grundpfandrecht geht vielmehr auf den Eigentümer über; B.G.B. § 1170—1171, unten § 166 IV 2e. — Dagegen läfst das Bayr. H.G. § 82 die Hypothek dursh Ausschlufsurteil erlöschen; Regelsberger § 97 VII. Auch das Sächs. Gb. § 461, die Meckl. H.O. (v. Meibom § 36) u. das Öst. Gr.B.G. § 118—121 (Exner § 84 Z. 6) kennen nur ein Aufgebotsverfahren behufs Löschung. Ebenso unfolgerichtig Preufs. Grdb.O. § 103—109, vgl. Dernburg II § 43.

[75] So nach Preufs A.G.O. I, 52 § 46 ff., Subh.O. v. 15. März 1869 § 20 ff., E.E.G. § 47; Bayr. H.G. § 40 u. G. v. 23. Febr. 1879 Art. 55, 76, 82; Sächs. Gb. § 435, 452; Meckl. V. v. 24. Mai 1879 § 45; zahlreichen anderen Ges., die in den Motiven zum Entw. III 143 Anm. 1—2 angefürt sind. Über die Entwicklung dieses Grundsatzes, der sich immer nur auf Pfandrechte, nicht auf andere dem Recht des betreibenden Gläubigers vorgehende dingliche Rechte bezog, vgl. Salpius, Verh. des XII. Deut. Juristent. I 120 ff.

Digitized by Google

gedeckten Rechte den Versteigerungsbedingungen gemäfs fortbestehen[76]. Aufserdem kann zwischen dem Ersteher und dem Berechtigten der Fortbestand anderer dinglicher Rechte vereinbart werden[77]. Jedes Grundpfandrecht dagegen, das weder nach den Versteigerungsbedingungen noch kraft Vereinbarung fortbesteht, erlischt mit dem Zuschlage[78]. Es wird seinem Range nach aus dem bar zu zahlenden Teile des Meistgebots befriedigt[79]. Soweit es aber bei der Verteilung leer ausgeht, fällt es aus[80].

§ 160. Die Hypothek.

I. Begriff. Die Hypothek ist ein Grundpfandrecht, das zur Befriedigung des Grundpfandgläubigers wegen einer ihm zustehenden Forderung bestimmt ist. Die Forderung mufs auf eine bestimmte Geldsumme lauten, kann aber bedingt oder künftig sein[1].

---

[76] Zw.V.G. § 44, 52, 66 u. 91. Das Deckungsprinzip wurde in einzelnen Ländern stets bei der Zwangsversteigerung durchgeführt, jedoch zum Teil ohne das Übernahmeprinzip, sodaß auch die durch das geringste Gebot gedeckten Hypotheken erlöschen und durch Zahlung aus dem Meistgebot zu befriedigen sind; so Württ. Pf.G. Art. 21, 112, G. v. 18. Aug. 1879 Art. 14; Hamb. G. § 8 u. 12; Oldenb. G. § 47 u. G. v. 2. Apr. 1879 Art. 25, 40, 45, 64. Nach Hess. Pf.G. Art. 107 u. 109 bestimmt der Richter, ob Befriedigung oder Übernahme zur Bedingung gestellt werden soll. Die Verbindung von geringstem Gebot und gesetzlicher Anordnung des Fortbestandes der gedeckten Grundpfandrechte wurde in dem G. f. Neuvorpommern und Rügen v. 26. Mai 1873 § 43 u. allgemein im Preuß. G. v. 13. Juli 1883 § 22 u. 57, im Lüb. G. v. 16. Juli 1879 § 24 u. 28, im Sächs. G. v. 15. Aug. 1884 § 10 u. im Bayr. G. v. 29. Mai 1886 Art. 1 durchgeführt. Vgl. Motive zum Entw. III 144 Anm. 1—9, zum Entw. des Zw.V.G. S. 114 ff.

[77] Zw.V.G. § 91 Abs. 2—3. Die Erklärungen müssen jedoch im Verteilungstermin abgegeben oder vor dem Ersuchen des Grundbuchamts um Berichtigung des Grundbuches gehörig nachgewiesen werden; natürlich mindert sich der bar zu erlegende Teil des Meistgebots um den entsprechenden Betrag; im übrigen wirkt die Vereinbarung wie Befriedigung aus dem Grundstück. — Vertragsmäßige Übernahme war auch nach bisherigem Recht zulässig; Motive zum Entw. des Zw.V.G. S. 262.

[78] Zw.V.G. § 91 Abs. 1. Berichtigung des Grundbuchs nach § 130.

[79] Zw.V.G. § 105—145. Soweit ein bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigtes Recht nicht besteht oder wegfällt, ist der Betrag bar zu zahlen und kommt den Nachberechtigten zugute; Zw.V.G. § 50—51. Löschung von Amts wegen nach § 130 Abs. 2.

[80] Über den möglichen Bereicherungsanspruch gegen einen befriedigten Vormann, dessen Grundpfandrecht in Wahrheit nicht bestand, vgl. R.Ger. XLII Nr. 58.

[1] B.G.B. § 1113. So auch nach bisherigem Recht; Roth § 300 IV,

Digitized by Google

II. Begründung. Die Hypothek entsteht durch rechtsgeschäftliche Bestellung oder durch rechtsgeschäftliche Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek. Erfordernis ihrer Entstehung ist, dafs eine geeignete Forderung in gehöriger Weise miteingetragen wird[2]. Dagegen ist die Entstehung nicht davon abhängig, dafs die Forderung wirklich besteht[3]. Vielmehr tritt die Hypothek, falls nur die Voraussetzungen für die Entstehung eines Grundpfandrechtes erfüllt sind, ohne die Forderung als Eigentümergrundpfandrecht ins Leben[4].

III. Persönliche und dingliche Schuld. Die Forderung richtet sich gegen einen persönlichen Schuldner, der nach

---

Württ. Pf.G. Art. 11, Hess. Art. 3, Sächs. Gb. § 370, Exner § 20. — Die Bedingtheit der Forderung ist scharf von der Bedingtheit der Hypothek zu unterscheiden.

[2] B.G.B. § 1115. Wesentlich ist die Eintragung des Gläubigers, der eine Person oder eine Mehrheit von Personen sein muſs. Die Persönlichkeit des Gläubigers muß bestimmt genug bezeichnet sein, um Zweifel an der Identität auszuschließen. Doch ist die Bezeichnung durch den Namen nicht unbedingt erforderlich, vielmehr genügt, wie dies in Preußen sogar trotz des den Namen fordernden Wortlauts von E.E.G. § 23 angenommen wurde (Dernburg, H.R. II 86 ff.), die Bezeichnung durch eine ausschließliche Eigenschaft (z. B. „Erben", „Nachlaſs", „Konkursmasse", „Nachkommenschaft"); unzulässig dagegen ist die Eintragung eines Einzelkaufmanns unter seiner Firma; K.Ger. Jahrb. XXVI A 135, Rechtsp. der O.L.G. VI 504, Grabner, D. J.Z. X 303; a. M. Fuchs zu § 1115 Bem. 3, O.L.G. Kolmar in Rspr. d. O.L.G. V 254. Andererseits ist die Bezeichnung einer Personenmehrheit durch einen Kollektivnamen nur zulässig, soweit sie unter diesem Namen rechtsfähig ist (so bei einer Handelsgesellschaft, nicht aber bei einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder einem nicht rechtsfähigen Verein). Vgl. Dernburg, B.R. II 630, Biermann zu § 1115 Bem. 1, Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 22. — Wesentlich ist ferner die Eintragung des Geldbetrages der Forderung und der Nebenleistungen (oben § 159 S. 859 ff. Anm. 4, 6 u. 7). — Im übrigen kann zur näheren Bezeichnung der Forderung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. So hinsichtlich des Schuldgrundes, der Zinstermine, des Zahlungsortes und der Zahlungszeit, des Kündigungsrechts usw. Auch hinsichtlich einer Bedingung oder Befristung, während die Bedingtheit oder Betagtheit der Hypothek selbst vollständig im Grundbuch erscheinen muß.

[3] Anders nicht bloſs nach gem. R., sondern auch nach allen bisherigen Hypothekengesetzen, die überhaupt an dem accessorischen Begriff der Hypothek festhielten. Vgl. Dernburg, Pfandr. § 73, Roth § 300 Anm. 3; Preuſs. L.R. I, 20 § 12, Förster-Eccius § 192, R.Ger. V 326, XXXII 224 ff.; Regelsberger § 42 II, Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. LII Nr. 73; Hess. Pf G. Art. 3. Doch konvaleszierte die Hypothek, wenn die Forderung nachträglich zur Entstehung gelangt, von der Eintragung an; Preuſs. L.R. I, 20 § 13, Bayr. H.G. § 59; R.Ger. XXVII Nr. 41, XXXIII Nr. 70.

[4] B.G.B. § 1163 Abs. 1 S. 1; unten § 166 IV 1 b.

Digitized by Google

den Regeln des Obligationenrechts haftet. Persönlicher Schuldner kann der Eigentümer sein. Dann besteht seine persönliche Verbindlichkeit gesondert von der ihn mit Notwendigkeit ergreifenden, aber nur sachenrechtlich verhaftenden dinglichen Schuld. Persönlicher Schuldner kann aber auch ein Anderer als der Eigentümer sein. Der Eigentümer kann von Hause aus eine Hypothek für eine fremde Schuld bestellen. Vor allem aber trennt sich auch dann, wenn der Eigentümer der persönliche Schuldner ist, im Falle der Veräufserung des Grundstücks die zurückbleibende persönliche Schuld von der mit dem Grundstück übergehenden dinglichen Schuld. Doch ist in diesem Falle die Übernahme der Hypothekenschulden, namentlich in Anrechnung auf den Kaufpreis, überaus gebräuchlich[5]. Erfolgt sie, so ist der Übergang der persönlichen Schuld auf den neuen Eigentümer gesetzlich erleichtert[6]. Zwar tritt er erst mit der Genehmigung des Gläubigers ein[7], und die Genehmigung ist nur wirksam, wenn der Veräufserer dem Gläubiger eine gehörige schriftliche Mitteilung, die erst nach der Eintragung des neuen Eigentümers erfolgen kann, auf dessen Verlangen aber erfolgen mufs, gemacht hat[8]. Allein wenn der Gläubiger nicht binnen sechs Monaten nach Empfang der Mitteilung dem Veräufserer die Verweigerung der Genehmigung erklärt, gilt sein Schweigen als Genehmigung[9].

---

[5] Eine gesetzliche Verpflichtung zur Schuldübernahme trifft im Falle der Zwangsversteigerung den Ersteher insoweit, als für eine nach den Versteigerungsbedingungen fortbestehende Hypothek der Schuldner zugleich persönlich haftet; Zw.V.G. § 53 Abs. 1. So auch Preufs. G. v. 13. Juli 1883 § 57.

[6] Durch B.G.B. § 416 (auch anwendbar im Falle des Zw.V.G. § 53 Abs. 1, wobei dann der Schuldner als Veräufserer gilt); vgl. Dernburg, B.R. II, 1 § 159, Crome, B.R. II § 204, Komm. v. Planck, Oertmann, Schollmeyer, Mayring zu § 416. Die Bestimmung ist der des Bayr. G. v. 29. Mai 1886 nachgebildet; vgl. Regelsberger § 93. Stark abweichend ist die Schuldübernahme im Preufs. E.E.G. § 41 geregelt; Dernburg, H.R. II § 93. — Die Sondervorschrift des § 416 ist auch anwendbar, wenn die Hypothek an einer Gerechtigkeit besteht; a. M. Schollmeyer Bem. 2 b.

[7] Dagegen erlangte nach Preufs. E.E.G. § 41 der Gläubiger die persönliche Klage gegen den Erwerber sofort und ohne Entlassung des bisherigen Schuldners; R.Ger. I Nr. 48, VII Nr. 41. Ebenso Hess. Pf.G. Art. 134. Anders das ältere preufs. R. nach Deklar. v. 21. März 1835 zu L.R. I, 20 § 54, sowie das Sächs. Gb. § 432; vgl. auch Seuff. XVIII Nr. 128, XIX Nr. 135.

[8] Doch ist nicht ausgeschlossen, dafs durch Vereinbarung des Gläubigers mit dem Erwerber eine selbständige Schuldübernahme nach B.G.B. § 414 zustande kommt; Plank zu § 466, Crome § 204 Anm. 22. Möglich ist auch die Vereinbarung kumulativer Schuldübernahme.

[9] Damit wird der bisherige Schuldner befreit. Nach dem Preufs. E.E.G.

Digitized by Google

IV. Forderung und Hypothek.

1. Überhaupt. Begrifflich ist die Forderung das selbstständige Hauptrecht, die Hypothek das von ihr abhängige Nebenrecht. Allein in erheblichem Umfange wird vielmehr die Forderung durch die Verbindung mit der Hypothek in Abhängigkeit versetzt und die Hypothek durch die Verdinglichung des Forderungsinhaltes verselbständigt. Grundsätzlich folgt die Hypothek den Schicksalen der Forderung. Allein im Bereiche ihrer Selbständigkeit kann die Hypothek ihre eignen Schicksale haben. Sie kann einer anderen Person als die Forderung zustehen, sie kann mit anderem Inhalt als die Forderung bestehen, sie kann den Bestand der Forderung überleben. Das B.G.B. drückt sich in diesen Fällen dahin aus, dafs die Forderung „in Ansehung der Hypothek" einer bestimmten Regel des Sachenrechts unterliege oder einer bestimmten Regel des Obligationenrechts nicht unterliege. Dies bedeutet, dafs die Hypothek ein der selbständigen Entfaltung fähiges dingliches Gläubigerrecht einschliefst, das zwar keine Forderung ist, aber seinen Inhalt aus dem buchmäfsigen Forderungsbestande schöpft[10].

2. Öffentlichkeitsprinzip. Von allgemeiner Bedeutung für die Selbständigkeit der Hypothek ist der Grundsatz, dafs die Publizitätswirkungen des Grundbuchs, also die Vermutung aus dem Bucheintrage und der öffentliche Glaube des Buchs, in Ansehung der Hypothek sich auch auf die Forderung und die Einreden erstrecken, demgemäfs aber auch die Schutzmittel gegen die Gefahren

§ 41 trat die Befreiung durch passives Verhalten des Gläubigers ein, wenn er nach erhaltener Anzeige nicht binnen einem Jahr kündigt und binnen sechs Monaten nach der Fälligkeit gegen den Eigentümer klagt; vgl. dazu R.Ger. I Nr. 50, XX Nr. 52, XXIX Nr. 54 u. 63, XXXV Nr. 60, XXVII Nr. 54, XLI Nr. 82; über die Pflicht des Übernehmers, die Befreiung schon vorher zu erwirken, R.Ger. VII Nr. 72, Seuff. XLV Nr. 175. — Immer verschafft die Schuldübernahme dem Gläubiger nur eine Forderung gegen den Eigentümer, wenn eine persönliche Schuld wirklich bestand; R.Ger. XXII Nr. 50, XXIII Nr. 54, Seuff. XLIX Nr. 89. Auch behält der Eigentümer in Ansehung der persönlichen Schuld die Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner; B.G.B. § 417. So auch, obschon dies streitig war, nach preufs. R.; R.Ger. I 403, VII 219.

[10] Teilweise andere Auffassungen bei Hachenburg, Beitr. S. 101 ff., Vortr. S. 533 ff., Oberneck S. 44 ff., Böhm S. 151, Kober u. Biermann zu § 1113 (die Forderung diene nur zur Legitimation für den dinglichen Anspruch); ferner bei Planck, Vorbem. 2 a, Fuchs zu § 1113 Bem. 5, Turnau-Förster Bem. 2, v. Schwind S. 107 ff. (prinzipiell accessorisch); Dernburg, B.R. III § 222 (accessorischer Aufbau mittels Fiktion); Endemann § 115 u. 117; Cosack § 223.

Digitized by Google

aus der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Grundbuchs, also der Berichtigungsanspruch und der Widerspruch, auf die Forderung und die Einreden gegen die Forderung Anwendung finden[11]. Hiermit ist der das dingliche Gläubigerrecht konstituierende Forderungsinhalt dem Sachenrecht einverleibt. Dagegen unterliegt die Forderung als obligationenrechtliches Verhältnis keinerlei Einwirkung des Grundbuchrechts.

3. Übertragung. Die Hypothek kann nicht ohne die Forderung, aber auch die Forderung nicht ohne die Hypothek übertragen werden[12]. Die einheitliche Übertragungshandlung richtet sich grundsätzlich auf die Forderung, der die Hypothek notwendig folgt[13], ist jedoch an die durch den Mitübergang des Grundpfandrechts bedingte Form gebunden[14]. Ebenso verhält es sich bei der Belastung und bei der Pfändung[15]. Der gesetzliche Übergang der Forderung zieht den der Hypothek von Rechts wegen nach sich, wird aber seinerseits vom Sachenrecht her bestimmt. Insbesondere erwirbt der Eigentümer, falls er nicht der persönliche Schuldner ist, und ebenso jeder lösungsberechtigte Dritte durch Befriedigung des Gläubigers von Rechts wegen die Forderung und damit zugleich die Hypothek[16].

---

[11] B.G.B. § 1138.

[12] B.G.B. § 1153 Abs. 2. Doch schließt der erste Satz nicht aus, daß die Forderung bei der Übertragung erlassen oder für erledigt erklärt wird. So auch gegenüber dem gleichlautenden § 52 des Preuß. E.E.G. Entsch. des R.Ger. XXXV Nr. 62. Ebenso hindert der zweite Satz nicht, daß bei der Übertragung der Forderung auf die Hypothek verzichtet wird, womit der Eigentümer die Hypothek ohne Forderung erwirbt. Nach bisherigem Recht galt die Abtretung der Forderung ohne die Hypothek als Verzicht auf die Hypothek, die hiermit erlosch. Sächs. Gb. § 456, Regelsberger § 87 Z. 1, Roth § 315 II. — Weitere Durchbrechungen des Prinzips werden durch die Publizitätswirkungen des Grundbuchs und durch den Forderungswechsel nach § 1180 ermöglicht.

[13] B.G.B. § 1153 Abs. 1. Somit genügt es, wenn als Gegenstand der Übertragung die Forderung bezeichnet wird. Regelmäßig aber wird auch bei einer bloß auf die Hypothek gerichteten Übertragungserklärung die Mitübertragung der Forderung als gewollt anzusehen sein.

[14] Bei Verabsäumung der Form ist auch die Abtretung des persönlichen Gläubigerrechts nichtig. — Formfrei ist die Übertragung der Forderung, wie der Hypothek, wegen Rückstände und Kosten nach § 1159; oben § 159 S. 869 Anm. 41.

[15] B.G.B. § 1069 Abs. 1, § 1274 Abs. 1, C.Pr.O. § 830 u. 837.

[16] B.G.B. § 1143 Abs. 1, § 1150 mit § 268; desgleichen der zahlende Bürge nach B.G.B. § 774. Der Übergang kann aber nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden, sodaß insbesondere eine erworbene Teilforderung der Restforderung des Gläubigers nachsteht.

Digitized by Google

Jedoch gelten hinsichtlich des Zeitpunkts, in dem die Übertragung dem Schuldner gegenüber wirksam wird, in Ansehung der Hypothek auch für die Forderung die Regeln des Grundpfandrechts[17], während in Ansehung des persönlichen Rechts die Regeln des Forderungsrechts Anwendung finden. Möglicherweise kann also nicht nur ein vom Eigentümer verschiedener persönlicher Schuldner, sondern auch der Eigentümer selbst, der sich vor Empfang einer Anzeige in gutem Glauben mit dem bisherigen Gläubiger eingelassen hat, gegen die Forderung des neuen Gläubigers eine Einwendung haben, die gegenüber der Hypothek versagt.

Eine Trennung der Forderung von der Hypothek tritt ein, wenn auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuches ein redlicher Erwerber die Hypothek mit dem zugehörigen Schuldinhalte vom Nichtberechtigten erwirbt. Denn das persönliche Forderungsrecht geht hierdurch dem wahren Gläubiger nicht verloren[18]. Auf gleiche Weise kann eine Belastung der Hypothek zustande kommen, während die Forderung unbelastet bleibt.

4. Fälligkeit. Die Fälligkeit der Hypothek ergibt sich aus der Fälligkeit der Forderung. Allein wenn die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung abhängt, wird sie in Ansehung der Hypothek nur durch eine vom Gläubiger dem Eigentümer oder vom Eigentümer dem Gläubiger erklärte Kündigung herbeigeführt[19]. Ist also ein Anderer als der Eigentümer der persönliche Schuldner, so kann die Forderung ihm gegenüber früher oder später fällig werden. Doch steht das Recht der Befriedigung des Gläubigers dem Eigentümer nicht nur zu, wenn die Forderung ihm gegen-

---

[17] B.G.B. § 1156 mit den Abweichungen in § 1158 u. 1159; oben § 159 S. 869 ff. Anm. 42—45, 50.

[18] Doch kann der persönliche Schuldner der Geltendmachung eine Einrede aus der dinglichen Bindung der Forderung, die ja „in Ansehung der Hypothek" übergegangen ist, entgegensetzen. Wenn aber die Hypothek ohne Konsumption der Forderung erlischt (z. B. durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder Ausfall bei der Zwangsversteigerung), so steht der Geltendmachung des zurückgebliebenen persönlichen Rechts nichts entgegen.

[19] B.G.B. § 1141. Hierbei ist zugunsten des Gläubigers der als Eigentümer Eingetragene schlechthin als Eigentümer legitimiert. Dies gilt sowohl gegenüber dem wahren Eigentümer, wie gegenüber jedem Rechtsnachfolger. Wenn der Eigentümer keinen Wohnsitz im Inlande hat oder der Person oder dem Aufenthalte nach unbekannt ist, kann ihm auf Antrag des Gläubigers gerichtlich ein Vertreter zur Entgegennahme der Kündigung bestellt werden.

Digitized by Google

über fällig ist, sondern auch, wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist[20].

5. Verzugsfolgen. Insoweit die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges (insbesondere Mahnung und erforderlichenfalls Kündigung) dem Eigentümer gegenüber vorliegen, erstreckt sich das dingliche Recht des Gläubigers auf Verzugszinsen[21]. Die persönlichen Ansprüche aus dem Verzuge richten sich nach den allgemeinen Regeln; sie können früher oder später eintreten und über Verzugszinsen hinausgehen[22].

6. Einreden. Der Eigentümer kann gegen die Hypothek nicht nur Einreden aus dem dinglichen Rechtsverhältnis, sondern auch Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis geltend machen und überdies gleich einem Bürgen Einreden aus einer Aufrechnungsbefugnis oder Anfechtungsbefugnis des persönlichen Schuldners herleiten[23]. Ist er nicht selbst der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht durch Verzicht des persönlichen Schuldners[24]. Nur die Einreden der Verjährung und der beschränkten Haftung als Erbe sind dem Eigentümer gegen die Hypothek grundsätzlich versagt[25].

Der Eigentümer büfst aber jede Einrede gegen die Forderung in Ansehung der Hypothek gegenüber dem Rechtsnachfolger des Gläubigers ein, wenn im Falle einer rechtsgeschäftlichen Übertragung der Erwerber die einredebegründende

---

[20] B.G.B. § 1142. Also auch auf Grund einer nur vom persönlichen Schuldner oder nur an diesen erfolgten Kündigung.

[21] B.G.B. § 1146.

[22] Dafür haftet, auch wenn der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, das Grundstück nicht.

[23] B.G.B. § 1137 Abs. 1 S. 1. Die Verweisung auf § 770 bezieht sich auch auf den Fall, dafs der Eigentümer selbst der persönliche Schuldner ist; er gilt dann gewissermafsen als Bürge für seine eigne dingliche Schuld. — Die Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis werden also durch einen Wechsel in der Person des Eigentümers und durch Trennung der dinglichen Schuld von der persönlichen Schuld schlechthin nicht berührt. So auch nach bisherigem deutschem Recht; vgl. für das preufs. R. Strieth. XI 73, XXIV 204, Achilles S. 244; für das bayr. R. Regelsberger § 82 I 1; Hess. Pf.G. Art. 135; Roth § 313 Anm. 32.

[24] B.G.B. § 1137 Abs. 2.

[25] B.G.B. § 902 u. § 1137 Abs. 1 S. 2. So auch meist nach bisherigem Recht. Doch lassen manche Gesetze, wie Hess. Pf.G. Art. 155 u. Weimar. § 159, die Einrede der Verjährung zu. Vgl. Roth § 321 Anm. 31—32. — Die Ansprüche auf Zinsen und Kosten sind der Verjährung unterworfen; B.G.B. § 902.

Digitized by Google

Tatsache weder aus dem Grundbuch oder einem Widerspruch ersehen konnte noch anderweit kannte[26]. Dem persönlichen Gläubigeranspruch gegenüber bleibt ihm oder dem sonstigen Schuldner die Einrede erhalten.

7. Bestand. Der Eigentümer kann sich gegenüber dem Anspruch aus der Hypothek auf das Nichtbestehen der Forderung berufen, da, wenn die Forderung nicht entstanden oder erloschen ist, die Hypothek ihm selbst zusteht. Allein es ist möglich, dafs die Forderung, obschon sie als solche nicht besteht, in Ansehung der Hypothek als bestehend gilt. Denn vermöge der Erstreckung des Öffentlichkeitsprinzips auf die Forderung vermag der Bucheintrag zugunsten eines redlichen Erwerbers der Hypothek den erforderlichen Schuldinhalt auch ohne die Stütze einer Forderung zu schaffen oder zu erhalten[27]. Auch kann der Gläubiger auf die Forderung als solche endgültig verzichten, ohne die Hypothek mit dem in ihr beschlossenen dinglichen Gläubigerrecht aufzugeben[28]. In solchen Fällen wird die Hypothek inhaltlich zur Grundschuld, bleibt aber formell Hypothek.

8. Geltendmachung. Die Geltendmachung der Forderung gegen den persönlichen Schuldner und die der Hypothek gegen den Eigentümer erfolgen unabhängig von einander mit der persönlichen und der dinglichen Klage, die auch dann, wenn der Eigentümer zugleich der Schuldner ist, an verschiedene Voraussetzungen

---

[26] Gemäfs B.G.B. § 1138. So auch, aber nur gegenüber dem entgeltlichen Erwerber, nach Preufs. L.R. I, 20 § 422 ff. u. E.E.G. § 38, vgl. Dernburg, H.R. II 48, 235 ff., R.Ger. XIV Nr. 75, XVI Nr. 45, XXXIV Nr. 94; nach Bayr. H.G. § 26, Regelsberger § 82 I 2; nach Württ. Pf.G. § 72, 81, 88; nach Anhalt. G. § 10. Jedem Erwerber gegenüber nach Sächs. Gb. § 465, beiden Reufs § 21. — Die Einrede lebt auch nicht wieder auf, wenn ein Rechtsnachfolger des redlichen Erwerbers die Umstände kennt, die den einredefreien Erwerb gehindert hätten, falls sie der Vorgänger gekannt hätte; Dernburg, B.R. III § 233 II 3 d; K.G. Berlin b. Seuff. LVI Nr. 76. Ebenso für das bisherige Recht Regelsberger, Studien S. 143 ff., Römer S. 43 ff. Abweichend Stobbe-Lehmann § 152 Anm. 61, v. Meibom S. 90, für das preufs. R. R.Ger. XXXII Nr. 54, für das öst. R. Exner S. 112, 392, 426. — Ungeschützt gegen Einwendungen aus der Person des Vorgängers sind auch in Ansehung der Hypothek die Forderungen auf Zinsen usw. in dem oben § 159 S. 870 Anm. 49 bezeichneten Umfange. Vgl. Preufs. E.E.G. § 39, R.Ger. IV Nr. 86.

[27] So auch nach bisherigem Recht, das aber diese Fälle dem Gesichtspunkte des Verlustes der Einreden (vgl. vor. Anm.) unterstellte.

[28] Hachenburg, Vorträge S. 538 ff.; oben Anm. 12.

Digitized by Google

gebunden und auf ein verschiedenes Ziel gerichtet sind[29]. Macht der Gläubiger die Forderung als solche geltend, so kann er sich zum Beweise seines Rechts nicht auf den Bucheintrag berufen. Dagegen erstreckt sich bei der Geltendmachung der Hypothek die Vermutung aus dem Bucheintrage in Ansehung des dinglichen Rechts zugleich darauf, dafs die eingetragene Forderung besteht und dem eingetragenen Gläubiger zusteht[30]. Es ist möglich, dafs die persönliche Klage scheitert, während die dingliche Klage durchdringt. So, wenn die Forderung als solche überhaupt nicht besteht oder nicht mit übergegangen oder noch nicht fällig oder verjährt oder mit einer gegen den Rechtsvorgänger des Gläubigers begründeten Einrede behaftet ist. Es ist aber auch möglich, dafs die persönliche Klage Erfolg hat, wo die dingliche Klage versagt. So, wenn die Forderung nur in Ansehung der Hypothek noch nicht fällig ist oder wenn der persönliche Schuldner auf eine Einrede verzichtet hat, die dem Eigentümer erhalten bleibt, oder wenn eine Einwendung sich überhaupt nur gegen das dingliche Recht richtet.

9. Lösung des Bandes. Das durch die Eintragung zwischen Forderung und Hypothek geschlungene Band kann durch dingliches Rechtsgeschäft und Eintragung wieder gelöst werden. So durch Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek, die hiermit auf den Eigentümer übergeht, während die Forderung ohne Pfandsicherung fortbesteht. So durch Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld, wenn die Forderung erhalten bleibt. So aber auch durch Wechsel der Forderung, indem an die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek haftet, eine andere Forderung gesetzt werden kann[31]. Hierzu genügt, falls es sich um eine Forderung desselben Gläubigers handelt, die Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer und die Eintragung[32]. Mit gehörig

---

[29] Endemann § 126; Dernburg, B.R. § 236. Für das bisherige R. Stobbe-Lehmann § 152, Roth § 313.

[30] B.G.B. § 1138 mit § 891.

[31] B.G.B. § 1180. Dem bisherigen Recht und noch dem Entw. I war dies fremd. Nur im Falle der Novation war nach manchen Ges. die Vereinbarung des Übergangs der Hypothek auf die neue Forderung zulässig; Preufs. L.R. I, 16 § 471, Öst. Gb. § 1378, Hess. Pf.G. Art. 154, Weim. § 158; vgl. Roth § 316 I, Römer § 42 Z. 5.

[32] B.G.B. § 1180 Abs. 1. Hinsichtlich des Eintrittes der Bindung und der Wirkung einer Beschränkung des Eigentümers in der Verfügung gelten die nach § 873 Abs. 2 und § 878 für den dinglichen Vertrag mafsgebenden Regeln.

Digitized by Google

erklärter Zustimmung des bisherigen Hypothekengläubigers kann aber auch die Forderung eines anderen Gläubigers an die Stelle seiner Forderung gesetzt und so im Erfolge die Hypothek ohne die Forderung übertragen werden[33]. In allen diesen Fällen bedarf die Trennung der Forderung von der Hypothek der Zustimmung eines Dritten, der ein Recht an ihr hat[34]. Dagegen ist die Zustimmung des persönlichen Schuldners nicht erforderlich[35].

V. Beendigung. Die Beendigung der Hypothek erfolgt aus den allgemeinen Beendigungsgründen des Grundpfandrechts. Dagegen ist das Erlöschen der Forderung, mag es durch Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlafs, Vereinigung oder Eintritt einer Bedingung oder Endfrist stattfinden, kein Beendigungsgrund für die Hypothek. Vielmehr geht die Hypothek regelmäfsig auf den Eigentümer über und besteht ohne Forderung als Grundschuld fort[36]. Ausnahmsweise erwirbt der persönliche Schuldner durch Befriedigung des Gläubigers und was ihr gleichsteht (Hinterlegung oder Aufrechnung) oder durch Vereinigung von Forderung und Schuld in seiner Person die Hypothek, wenn und soweit er einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer oder einen Rechtsvorgänger desselben hat[37]. In diesem Falle findet also ein gesetzlicher Forderungswechsel statt, indem an Stelle der erloschenen Forderung die Ersatzforderung tritt[38]. Geht die Hypothek, weil nur teilweise Ersatz zu leisten ist, teilweise auf den Eigentümer und nur teil-

---

[33] B.G.B. § 1180 Abs. 2. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamte oder dem Begünstigten gegenüber zu erklären, wird aber im letzteren Falle erst mit der Aushändigung einer Eintragungsbewilligung gemäfs § 875 Abs. 2 bindend.

[34] B.G.B. § 876, § 1168 Abs. 2, § 1180 Abs. 1 u. 2. Einer Zustimmung der Nachberechtigten bedarf es nicht.

[35] Doch wird dieser insoweit befreit, als er ohne die Verfügung des Gläubigers aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können; vgl. unten Anm. 37—40. Ausdrücklich ist dies zwar nur für den Fall des Verzichtes bestimmt (§ 1165), mufs aber auch sonst gelten, wenn der Gläubiger der Forderung die Pfandhaftung entzieht; Hachenburg, Beitr. S. 91 ff., Biermann zu § 1180 Bem. 1, Kober Bem. 6.

[36] Unten § 166 S. 929 ff.

[37] B.G.B. § 1164. Ein Hauptfall ist, dafs der Eigentümer die Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, der Gläubiger aber die Übernahme nicht genehmigt hat.

[38] Hachenburg, Vortr. S. 572 ff., Planck zu § 1164 Bem. 3, Biermann Bem. 2; a. M. Fuchs Bem. 6 (die bisherige Forderung gehe über), Turnau-Förster Bem. 2 (die Hypothek werde zur Grundschuld).

Digitized by Google

weise auf den persönlichen Schuldner über, so hat die Hypothek des letzteren vor dem Eigentümergrundpfandrecht den Vorrang[39].

Die Forderung als solche wird von der Beendigung der Hypothek regelmäfsig nicht berührt. Nur die Beendigung der Hypothek durch Befriedigung aus dem Grundstück schliefst begriffsmäfsig die Beendigung der Forderung ein. Aufserdem wird der persönliche Schuldner, wenn er einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer hat, durch rechtsgeschäftliche Aufhebung der Hypothek insoweit befreit, als er ohne diese aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können. Nach dem gleichen Mafsstabe wird er aber auch trotz Fortbestandes der Hypothek befreit, wenn der Gläubiger sie ihm durch Verzicht oder andere Verfügung entzieht, oder ihren Rang verschlechtert[40]. Im übrigen ist die rechtsgeschäftliche Aufhebung der Hypothek für die Forderung bedeutungslos. Ebenso hat das Erlöschen der Hypothek durch Untergang oder Entziehung der Pfandsache oder durch Eintritt einer Bedingung keinen Einflufs auf die Forderung. Im Falle des Erlöschens der Hypothek durch Buchversitzung bleibt die Forderung wenigstens als verjährte Forderung bestehen. Soweit endlich die Hypothek durch Ausfall bei der Zwangsversteigerung erlischt, entfaltet die Forderung ihre praktisch wertvollste Funktion, indem sie dem Gläubiger ermöglicht, sich wegen des Ausfalls an den persönlichen Schuldner zu halten, mag dieser der Eigentümer oder ein Anderer sein[41]. Im letzteren Falle jedoch kann der persönliche Schuldner, wenn er bei Befriedigung des Gläubigers Ersatz vom Eigentümer zu fordern hat, die Befriedigung des Gläubigers insoweit verweigern, als er von diesem nicht unverzüglich von der Betreibung der Zwangsvollstreckung benachrichtigt ist und infolge dieser Unterlassung Schaden erleidet[42].

§ 161. Die Briefhypothek.

I. Begründung. Die Hypothek entsteht, wenn nichts anderes bestimmt ist, als Briefhypothek. Eines Vermerkes darüber im Grundbuch bedarf es nicht. Durch dinglichen Vertrag und

---

[39] B.G.B. § 1164 Abs. 1 S. 2.

[40] B.G.B. § 1165; oben Anm. 35. Ebenso der Bürge nach B.G.B. § 776.

[41] Doch wird durch die Zwangsversteigerung noch nicht die Fälligkeit der Forderung herbeigeführt; R.Ger. XXXIX Nr. 82.

[42] B.G.B. § 1166. Die Benachrichtigung müfste denn untunlich gewesen sein. — Die Beweislast hinsichtlich der unverzüglichen Benachrichtigung trifft den Gläubiger; R.Ger. LIV Nr. 96.

Digitized by Google

Eintragung kann eine Buchhypothek in eine Briefhypothek umgewandelt werden[1]. Kraft landesgesetzlicher Vorschrift sind in denjenigen Rechtsgebieten, in denen schon nach bisherigem Recht der Hypothekenverkehr durch Hypothekenbriefe vermittelt wurde, die regelmäfsigen Hypotheken älterer Herkunft in Briefhypotheken des neuen Rechtes übergegangen[2].

II. Hypothekenbrief[3]. Der Hypothekenbrief wird vom Grundbuchamt erteilt; er mufs sich als solchen bezeichnen, den Geldbetrag der Hypothek und das belastete Grundstück ergeben und mit Unterschrift und Siegel versehen sein[4]. Im Falle der Teilung der Hypothek kann ohne Zustimmung des Eigentümers für jeden Teil ein Teilhypothekenbrief hergestellt werden, der für seinen Teil an Stelle des bisherigen Briefes tritt; die Herstellung von Teilhypothekenbriefen kann nicht blofs durch das Grundbuchamt, sondern auch durch ein Gericht oder einen Notar erfolgen[5].

Der Hypothekenbrief ist eine öffentliche Urkunde, die den Inhalt des Grundbuchs wiedergeben und insoweit das Grundbuch vertreten soll. Sein Inhalt soll mit dem Inhalte des Grundbuchs übereinstimmen. Das Grundbuchamt soll daher auch jede spätere Eintragung bei der Hypothek auf dem Briefe vermerken[6].

---

[1] B.G.B. § 1116 Abs. 1 u. 3; M. Fischer, Arch. f. b. R. XIV 242 ff., 247 ff.

[2] So auf Grund des E.G. Art. 193 für den Fall, daß ein Hypothekenbrief bereits gebildet oder nach bisherigem Recht zu bilden war, Preuß. A.G. Art. 33 § 1—2, Oldenburg. § 14, Lüb. § 14, Birkenf. § 43), Waldeck. Art. 18, Lipp. § 32; ebenso für den Fall, daß eine Hypothekenurkunde bereits gebildet war, Württ. Art. 214, Braunschw. § 54, Kob.-Goth. Art. 33, Anhalt Art. 51, Sondersh. Art. 41, Brem. § 40—41. Die auf Grund des bisherigen Rechts erteilten Hypothekenbriefe (auch die württ. „Pfandscheine") sind gleichzeitig für solche des neuen Rechts erklärt; nur in Bremen sind die „Handfesten" kraftlos geworden. Vgl. Niedner S. 412, Habicht S. 477 ff.

[3] M. Fischer, Arch. f. b. R. XIV 233 ff.; Jacobi, Wertpapiere S. 23, 319 ff.; Förster, Handb. des formellen Grundbuches S. 200 ff.; Böhm S. 158 ff.; Cosack § 224 und 226; Endemann § 118; Dernburg, B.R. III § 212 ff.; Hachenburg, Vortr. S. 580 ff.

[4] Grdb.O. § 56. Er soll überdies die Nummer des Grundbuchblatts angeben und einen Auszug aus dem Grundbuch mit dem in § 57 Grdb.O. bezeichneten Inhalt mitteilen. Weitere Sollvorschriften für Preußen b. Förster S. 202 ff., Formulare S. 322 ff., Achilles-Strecker S. 537 ff., 552 ff. Außerdem soll, wenn über die Forderung eine Urkunde ausgestellt ist, die Urkunde mit dem Brief verbunden werden; Grdb.O. § 58. Unter Umständen ist ein gemeinschaftlicher Brief über mehrere Hypotheken zulässig; Grdb.O. § 66, Förster S. 205 ff., Achilles-Strecker S. 316, 557.

[5] B.G.B. § 1152; Grdb.O. § 61; M. Fischer S. 324 ff.; Förster S. 207 ff.

[6] Grdb.O. § 62. Soweit aber das Grundbuchamt einen Widerspruch

Digitized by Google

Allein der Brief hat dem Grundbuche gegenüber keinen öffentlichen Glauben[7]. Stimmen Buch und Brief nicht überein, so wird das Vertrauen auf den Inhalt des Briefes nicht geschützt. Ist daher das Grundbuch richtig, so kann sich der redliche Erwerber der Hypothek nicht auf eine unrichtige Angabe im Briefe (z. B. eine zu hohe Bezifferung der Forderung oder des Zinssatzes) oder die Unvollständigkeit des Briefes (z. B. Nichtvermerk eines Widerspruchs oder einer Teilzahlung) berufen. Dagegen hat der Brief die Kraft, den öffentlichen Glauben des Buches zu brechen. Ist daher das Grundbuch unrichtig, so fällt dessen öffentlicher Glaube insoweit weg, als sich die Unrichtigkeit aus dem Briefe ergibt. Somit mufs sich z. B. der redliche Erwerber eine aus dem Buche nicht ersichtliche, jedoch auf dem Briefe vermerkte Tatsache, die eine Einrede gegen die Hypothek oder die Forderung begründet, entgegensetzen lassen. Darum steht auch ein aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgehender Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs einem im Buche eingetragenen Widerspruch gleich[8].

Der Hypothekenbrief ist ferner ein Wertpapier, in dem das verbriefte dingliche Recht verkörpert ist[9]. Allerdings ist sein Dasein weder für die Entstehung noch für den Fortbestand der Hypothek erforderlich. Ist er abhanden gekommen oder vernichtet, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden und ist auf Verlangen durch einen neuen Hypothekenbrief zu ersetzen[10]. Erlischt die Hypothek, so wird er von selbst kraft-

---

von Amts wegen oder auf Grund einstweiliger Verfügung ohne Vorlegung des Briefes einzutragen hat (§ 42 u. 54), ist ihm nur nachträgliche Herbeiführung des Vermerkes auf dem Briefe zur Pflicht gemacht. — In den Fällen der Umwandelung in eine Grundschuld oder des Forderungswechsels ist, wenn nicht ein neuer Brief verlangt wird, die Rechtsänderung auf dem Briefe zu vermerken und die mit ihm verbundene Schuldurkunde abzutrennen; § 65.

[7] Anders der preufs. Grundschuldbrief nach E.E.G. § 38; R.Ger. XVI Nr. 58.

[8] B.G.B. § 1140. Von den bisherigen Ges. sprach nur das Anhalt. G. § 36 das Gleiche aus. Das preufs. R. nur für Grundschuldbriefe; vgl. vor. Anm.

[9] A. M. Hachenburg, Beitr. S. 46 ff., Vortr. S. 580 ff., Endemann § 118 Anm. 14, Planck zu § 1116 Bem. 5, Fuchs Bem. 2, Turnau-Förster Bem. 4', Kober, Bem. I 1, weil der Brief nicht allein über das Recht entscheidet. Allein dies beweist nur, dafs er kein skripturrechtliches Wertpapier ist; oben § 109 V S. 124 ff. Vgl. M. Fischer S. 319 ff., Cosack § 224 I 1 c, Dernburg § 212 Anm. 7, Jacobi S. 23, Biermann Bem. 1.

[10] B.G.B. § 1162; über die Erneuerung Grdb.O. § 66—67. In dem Aus-

Digitized by Google

los[11]. Allein solange die Hypothek besteht, ist der Hypothekenbrief der für den Verkehr unentbehrliche Rechtsträger. Da er als ein auf Namen und nur auf Namen lautendes Wertpapier zu den Rektapapieren gehört, hängen seine sachenrechtlichen Schicksale von den durch selbständige Vorgänge bestimmten Schicksalen des Rechts ab[12]. Allein in erheblichem Umfange sind eben die Schicksale des Rechts, weil der Brief ein Wertpapier ist, an die Schicksale des Briefes gebunden: bei dem Erwerbe, bei der Übertragung und bei der Geltendmachung der Hypothek spielt der Hypothekenbrief eine entscheidende Rolle, auf der die Besonderheiten der Briefhypothek beruhen.

III. Erwerb der Briefhypothek. Die Hypothek entsteht durch die Eintragung. Allein der Gläubiger erwirbt die Hypothek erst durch die Übergabe des Hypothekenbriefs seitens des Eigentümers, während bis dahin die Hypothek dem Eigentümer zusteht[13]. Die Übergabe richtet sich nach Fahrnisrecht und kann in gleicher Weise, wie bei der Übereignung beweglicher Sachen, durch Besitzauflassung, Besitzauftragung oder Anspruchabtretung ersetzt werden[14]. Überdies aber wird sie durch die Vereinbarung, dafs dem Gläubiger das Recht auf Aushändigung des

---

schlufs des Gläubigerrechts nach B.G.B. § 1170 u. 1171 ist die Kraftloserklärung des Briefes enthalten. Vgl. auch Zw.V.G. § 136, M. Fischer S. 316 ff. — Ähnlich Preufs. Grdb.O. § 110—112, Meckl. H.G. b. v. Meibom S. 146.

[11] Soweit die Beendigung durch Löschung erfolgt, wird der Brief, der zur Löschung vorzulegen ist, gleichzeitig vernichtet. Tritt Beendigung ohne Löschung ein, so hängt doch die Löschung von der Vorlegung des nunmehr zu vernichtenden Briefes ab. Nur beim Untergange durch Zuschlag erfolgt die Löschung ohne Vorlegung des Briefes; doch soll ihn das Gericht zur nachträglichen Vernichtung einfordern. Grdb.O. § 42, 69; Zw.V.G. § 127, 131; M. Fischer S. 313 ff.; Jacobi S. 337 ff.

[12] B.G.B. § 952 Abs. 2; dazu oben S. 104 Anm. 3, S. 135 ff.; M. Fischer S. 258 ff.

[13] B.G.B. § 1117 Abs. 1 S. 1, § 1163 Abs. 2; M. Fischer S. 253 ff. — Das Preufs. E.E.G. § 20 bestimmte nur für die Grundschuld, dafs der Gläubiger „das Verfügungsrecht" erst durch die Aushändigung des Briefes an ihn erlange; Dernburg H.R II 82 ff. Entw. I § 1110 wollte dem Gläubiger vor Aushändigung des Hypothekenbriefs nur die Vermutung für sein Recht aus der Eintragung versagen.

[14] B.G.B. § 1117 Abs. 1 S. 2 mit Verweisung auf § 929 S. 2, § 930 u. § 931; C.Pr.O. § 897 Abs. 2. — Der Gläubiger kann auf Grund des Hypothekenbestellungsvertrages die Übergabe verlangen. Sein Anspruch ist jedoch ein blofs persönlicher. Durch Vormerkung kann er dinglich gesichert werden. Eine Vermutung für sein Recht kann der Gläubiger daraus, dafs die Eintragung schon auf seinen Namen lautet, nicht herleiten; M. Fischer S. 256 Anm. 25.

Digitized by Google

Briefes gegenüber dem Grundbuchamte zustehen solle, also durch Abtretung des Eigentümeranspruchs auf Erteilung des Briefes, ersetzt[15]; in diesem Falle erwirbt der Gläubiger die Hypothek schon mit der Eintragung[16]. Ist der Gläubiger im Besitz des Briefes, so wird vermutet, dafs die Übergabe erfolgt ist[17].

IV. Übertragung der Briefhypothek.

1. Die rechtsgeschäftliche Übertragung der Briefhypothek fordert die Übergabe des Briefes in Verbindung mit einer gehörigen Abtretungserklärung. Die Umschreibung im Grundbuche ist nicht erforderlich, kann aber vom neuen Gläubiger zur Berichtigung des Grundbuchs verlangt werden.

Die Übergabe richtet sich nach den beim ersten Erwerbe geltenden Regeln. Sie wird in gleicher Weise ersetzt und auf Grund des Besitzes vermutet[18].

Die Abtretungserklärung mufs in schriftlicher Form erteilt werden. Sie kann auf dem Briefe selbst erfolgen, mufs aber auf den Namen des Erwerbers lauten[19]. Einfache Schriftform genügt. Der Erwerber kann jedoch verlangen, dafs der bisherige Gläubiger die Abtretungserklärung auf seine Kosten öffentlich beglaubigen lasse[20]. Die schriftliche Form wird durch Eintragung der Abtretung in das Grundbuch ersetzt[21].

---

[15] B.G.B. § 1117 Abs. 2; Seuff. LVII Nr. 78.

[16] Das Grundbuchamt hat jedoch ihm den Brief nur auszuhändigen, wenn der Eigentümer dies in öffentlich beglaubigter Form bewilligt oder rechtskräftig hierzu verurteilt ist; Rspr. d. O.L.G. II 276. Denn nach Grdb.O. § 60 ist der Brief stets an den Eigentümer und nur im Falle nachträglicher Erteilung an den Gläubiger auszuhändigen.

[17] B.G.B. § 1117 Abs. 3. Mittelbarer Besitz genügt. Die Vermutung ist widerlegbar. Dem dritten Erwerber steht jedoch der Mangel der Übergabe nur entgegen, wenn ihm überdies Kenntnis des Mangels beim Erwerbe bewiesen wird. M. Fischer S. 257.

[18] B.G.B. § 1154 Abs. 1, C.Pr.O. § 897 Abs. 2, oben Anm. 15—17; M. Fischer S. 268 ff.

[19] Eine Blankoabtretung, wie sie bei den preufs. Grundschuldbriefen und mecklenb. Hypothekenscheinen zugelassen war (oben S. 137 Anm. 39), ist nicht mehr zulässig; M. Fischer a. a. O. S. 264 ff., Jacobi S. 324.

[20] B.G.B. § 1154 Abs. 1 S. 2. Diesen Anspruch hat auch jeder weitere Rechtsnachfolger; M. Fischer S. 272.

[21] B.G.B. § 1154 Abs. 2. Da nach Grdb.O. § 62 die Umschreibung auf dem Briefe zu vermerken ist, erhält der neue Gläubiger mit dem Briefe zugleich eine öffentliche Urkunde über die Abtretung. — Der Abtretungsvertrag richtet sich nach B.G.B. § 873. Für die Umschreibung im Grundbuch genügt aber nach Grdb.O. § 26 die einseitige Erklärung des bisherigen Gläubigers in der Form des § 29. Vgl. M. Fischer S. 269 ff.

Digitized by Google

Die Übertragung mittels privatschriftlicher Erklärung verschafft dem Erwerber die Forderung mit der Hypothek. Sie verschafft ihm das dingliche Recht so, wie es ihm der öffentliche Glaube des Buches verbürgt[22]. Allein sie begründet für ihn keine Vermutung der Gläubigerschaft und keine Legitimation als Gläubiger. Wer mit einem nur durch privatschriftliche Abtretungserklärung zum Gläubiger berufenen Besitzer des Briefes in rechtsgeschäftlichen Verkehr tritt, wird nicht geschützt, wenn der Besitzer in Wahrheit nicht der Gläubiger oder wenn er in der Verfügung über die Hypothek beschränkt ist. Darum kann auch, wer von dem Gläubiger die Legitimation durch den Brief verlangen kann, den Nachweis der Gläubigerschaft des Briefbesitzers durch bloſse privatschriftliche Abtretungserklärung zurückweisen[23].

Die Übertragung mittels öffentlich beglaubigter Abtretungserklärung verschafft dem Erwerber zugleich die Legitimation als Gläubiger. Der Briefbesitzer, dessen Recht als Gläubiger sich aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt, steht insoweit, als die Publizitätswirkungen der Eintragung in Frage kommen, einem im Grundbuch als Gläubiger eingetragenen Briefbesitzer gleich. Die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung begründet eine Vermutung dafür, daſs die Forderung mit der Hypothek ihr gemäſs übergegangen ist, und nimmt am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil. Wer sich im rechtsgeschäftlichen Verkehr auf den von ihr erweckten Schein verläſst, erzielt auch dann, wenn dieser Schein trog, den ihm entsprechenden Erfolg. Er erwirbt auch dann, wenn der scheinbar Berechtigte nicht der wahrhaft Berechtigte war, durch eine von diesem vorgenommene Übertragung oder Belastung die Forderung mit der Hypothek oder ein Recht an ihr. Ebenso sind ihm die weder aus dem Buch noch aus dem Brief ersichtlichen und ihm unbekannten Rechte Dritter, die das Verfügungsrecht des Gläubigers einschränken, unschädlich. Mit der gleichen Maſsgabe kann wirksam dem durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung

---

[22] M. Fischer S. 274 ff., Endemann § 118 Anm. 31—32, Biermann zu § 1155 Bem. 2, Planck Bem. 1 u. 3, Fuchs Bem. 1b u. 6, Turnau-Förster Bem. 1 u. 7, Kober Bem. I 2b, Protokolle VI 267 ff.; unrichtig Hachenburg, Beitr. S. 106 ff., Vorträge S. 589 ff., Böhm S. 222.

[23] B.G.B. § 1160, 1161. Auch die Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen im Grundbuch kann er auf Grund der einfachen schriftlichen Abtretungserklärung nicht einseitig durchsetzen; M. Fischer S. 271 Anm. 55.

Digitized by Google

legitimierten Briefbesitzer geleistet oder gekündigt, eine Kündigung von ihm entgegengenommen, eine Stundung oder ein Erlaſs mit ihm verabredet werden usw. Der wahre Berechtigte wird somit durch die Scheinberechtigung auf Grund einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung in derselben Weise, wie durch Unrichtigkeit des Grundbuches, mit Rechtsverlust bedroht. Darum ist auch gegen die Legitimation des Briefbesitzers ein Widerspruch zulässig und ein Berichtigungsanspruch gegeben[24].

Die Übertragung mittels Bucheintrages verschafft dem Erwerber die Rechtsstellung eines eingetragenen Gläubigers[25]. Doch bewirkt auch sie den Rechtsübergang nur in Verbindung mit der Übergabe des Briefes[26].

2. Die Belastung der Briefhypothek fordert Übergabe des Briefes in Verbindung mit einer gehörigen Belastungserklärung. Dabei finden die Vorschriften für die Übertragung entsprechende Anwendung. Doch kann im Falle der Verpfändung der Briefhypothek die Übergabe nicht durch bloſse Besitzauftragung ersetzt werden[27].

---

[24] B.G.B. § 1155 S. 1; M. Fischer S. 277 ff.; Jacobi S. 325 ff.; Biermann, Planck, Kober, Fuchs, Turnau-Förster zu § 1155. — Auf Grund der Legitimation durch öffentlich beglaubigte Abtretungsurkunden kann der Erwerber seine Eintragung als Gläubiger im Grundbuch einseitig durchsetzen; Grdb.O. § 26, M. Fischer S. 270 ff.

[25] Insbesondere die gesichertere Legitimation und den Anspruch auf amtliche Benachrichtigungen nach Grdb.O. § 55; M. Fischer S. 270 Anm, 51. — Wer ohne Eintragung die Hypothek erworben hat, erlangt die gleiche Stellung erst durch Eintragung, die er nach Grdb.O. § 26 in Verbindung mit § 29 bewirken kann.

[26] Der Gläubiger bleibt daher, solange er den Brief nicht übergeben hat, trotz Abtretungserklärung und Umschreibung auf den Namen des Erwerbers Gläubiger und Briefeigentümer. Wer von ihm, sei es auch in Kenntnis der Sachlage, Übergabe des Briefes mit formgerechter Abtretungserklärung erlangt, wird Gläubiger und Eigentümer und kann Berichtigung des Grundbuchs bewirken. Hier offenbart der Brief seine Natur als Wertpapier in besonders prägnanter Weise.

[27] B.G.B, § 1069 Abs. 1, § 1274 Abs. 1; M. Fischer S. 285 ff.; Jacobi S. 328. — Die Übergabe des Briefes als Pfand ohne schriftliche Verpfändungserklärung oder eine sie ersetzende Eintragung begründet kein Pfandrecht, sondern nur ein Zurückbehaltungsrecht. So auch nach preuſs. R.; R.Ger. XIV Nr. 77, Dernburg, H.R. II 217 ff. Die bei preuſsischen Grundschuldbriefen mögliche Verpfändung durch Blankovermerk (R.Ger. IX Nr. 80, XV Nr. 14) fällt weg. — Der Schutz des redlichen Pfandnehmers entspricht durchweg dem des Zessionars; anders zum Teil nach preuſs. R., vgl. R.Ger. VII Nr. 68, jedoch auch X Nr. 71, XXXII Nr. 53.

Digitized by Google

3. Die Pfändung der Briefhypothek kommt durch Pfändungsbeschlufs und Übergabe des Briefes, die im Falle ihrer Bewirkung durch Zwangsvollstreckung mit der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher als erfolgt gilt, zustande[28]. Zur Überweisung der gepfändeten Forderung, mag sie an Zahlungsstatt oder zur Einziehung stattfinden, genügt die Aushändigung des gerichtlichen Überweisungsbeschlusses, der den Briefbesitzer, auf den er lautet, in gleicher Weise, wie eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung, legitimiert[29].

4. Der gesetzliche Übergang der Briefhypothek vollzieht sich von Rechts wegen unabhängig vom Besitze des Briefes. Mit dem Grundpfandrecht aber geht zugleich das Eigentum am Briefe nebst den zugehörigen Abtretungsurkunden über, so dafs der Erwerber den Eigentumsanspruch auf Herausgabe hat[30]. Das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis des Rechtsüberganges hat die gleiche Legitimationskraft, wie eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung[31]. Wenn der Eigentümer oder ein lösungsberechtigter Dritter den Gläubiger befriedigt, so kann er gegen die Befriedigung die Aushändigung des Briefes und überdies der sonstigen zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden fordern; ebenso der persönliche Schuldner, insofern er im Falle der Befriedigung die Hypothek erwirbt oder sonst ein Interesse an der Berichtigung des Grundbuches hat[32]. Geht die Hypothek nur teilweise über, weil nur eine Teilbefriedigung oder ein Teilverzicht erfolgt ist oder der persönliche Schuldner nur teilweise Ersatz zu fordern hat, so beschränkt sich der Anspruch des Erwerbers auf Vorlegung des mit dem erforderlichen Vermerk versehenen Briefes behufs Grundbuch-

---

[28] C.Pr.O. § 830. Doch gilt die Pfändung dem Drittschuldner gegenüber nicht nur mit der Übergabe, sondern auch schon mit früherer Zustellung des Pfändungsbeschlusses als bewirkt. Vgl. M. Fischer S. 290 ff., Jacobi S. 238 ff.

[29] C.Pr.O. § 837; B.G.B. § 1155 S. 2. Der Schutz aus § 1155 kommt jedoch nicht dem Erwerbe kraft Zwangsvollstreckung, sondern nur dem späteren rechtsgeschäftlichen Erwerbe zugute.

[30] B.G.B. § 952. So auch der Eigentümer, wenn er durch Verzicht des Gläubigers die Hypothek erworben hat; M. Fischer S. 302. Ebenso der Bürge, wenn nach B.G.B. § 774 die Forderung mit der Hypothek auf ihn übergegangen ist.

[31] B.G.B. § 1152 S. 2.

[32] B.G.B. § 1144, 1150, 1167; M. Fischer S. 298 ff.

Digitized by Google

berichtigung, Löschung oder Bildung eines Teilhypothekenbriefes[33]. Auch dieser Anspruch fällt weg, wenn es sich nur um Kosten oder solche Zinsen oder andere Nebenleistungen, die schon fällig sind oder im laufenden oder folgenden Vierteljahr fällig werden, handelt.

V. Geltendmachung. Die Geltendmachung der Briefhypothek ist an sich nicht durch Vorlegung des Briefes bedingt. Der Brief ist kein Präsentationspapier. Allein der Geltendmachung der Hypothek und, falls der Eigentümer der persönliche Schuldner ist, auch der Geltendmachung der Forderung kann widersprochen werden, wenn der Gläubiger nicht den Brief und, falls er nicht eingetragen ist, die zu seiner Legitimation erforderlichen öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen oder gleichstehenden Urkunden vorlegt[34]. Dies gilt auch für eine Kündigung oder Mahnung, die jedoch nur unwirksam ist, wenn der Eigentümer sie unverzüglich wegen mangelnder Vorlegung zurückweist[35]. Nur wegen rückständiger Zinsen und anderer Nebenleistungen und wegen Kosten kann die Vorlegung überhaupt nicht verlangt werden. Somit bewährt sich der Brief auch hinsichtlich der Geltendmachung als ein Wertpapier, dessen Besitz für die Rechtsausübung erforderlich ist. Denn der Eigentümer kann jede Geltendmachung ohne Brief einredeweise entkräften und hat allen Anlafs, auch einem im Grundbuch eingetragenen Gläubiger gegenüber auf der Vorlegung des Briefes zu bestehen, da er andernfalls Gefahr läuft, sich mit einem Nichtberechtigten einzulassen und dem wahren Berechtigten noch einmal Rede stehen zu müssen. Der Gläubiger erlangt ferner Befriedigung nur gegen den Brief, dessen Aushändigung Zug um Zug der Befriedigeude verlangen kann und vorsichtigerweise verlangen mufs, wenn er nicht Gefahr laufen will, einem späteren redlichen Erwerber gegenüber die Rechte aus der Befriedigung einzubüfsen[36]. Der Brief ist also ein Einlösungspapier. Dazu kommt, dafs der Gläubiger gegenüber dem Grundbuchamt sich regelmäfsig nur durch die Vorlegung des Briefes nebst gehörigen Übertragungsnachweisen

---

[33] B.G.B. § 1145, 1150, 1167, 1168 Abs. 3. Der Anspruch stützt sich in Ansehung des Briefes auf das nach § 952 entstandene Miteigentum.

[34] B.G.B. § 1160—1161; vgl. M. Fischer S. 303 ff., 321, Jacobi S. 331 ff. — Der Widerspruch des Eigentümers wegen Nichtvorlegung des Briefes führt zur Abweisung der Klage; doch kann die Vorlegung noch im Laufe des Prozesses nachgeholt werden; R.Ger. LV Nr. 52.

[35] Nach Beschl. des R.Ger. LVII Nr. 77 ist ein dinglich wirksamer Verzicht des Eigentümers auf dieses Zurückweisungsrecht zulässig und eintragbar.

[36] Oben Anm. 32—33 nebst Anm. 22, 24 u. 27.

Digitized by Google

legitimieren kann[87]. Endlich ist die Vorlegung des Briefes auch erforderlich, wenn die Hypothek durch den Zuschlag erloschen ist und der Gläubiger das nunmehr im Briefe verkörperte Recht an dem Versteigerungserlöse im Verteilungsverfahren geltend macht[88].

§ 162. Die Buchhypothek.

I. Begründung. Die Buchhypothek entsteht durch Bestellung einer Hypothek unter Ausschliefsung der Erteilung eines Hypothekenbriefes. Die Ausschliefsung erfolgt durch dinglichen Vertrag und Eintragung. Auf demselben Wege — jedoch, wenn ein Dritter ein Recht an der Hypothek hat, nur mit dessen Zustimmung — kann die Ausschliefsung nachträglich bestimmt oder aufgehoben, somit eine Briefhypothek in eine Buchhypothek oder eine Buchhypothek in eine Briefhypothek umgewandelt werden[1]. Ältere Hypotheken mit festem Geldbetrage sind Buchhypotheken, soweit das Landesrecht nichts anderes bestimmt[2].

II. Erwerb. Die Buchhypothek entsteht nicht nur mit der Eintragung, sondern wird auch, sofern nur die Forderung entstanden ist, vom Gläubiger mit der Eintragung erworben. Doch bleibt, falls die Hypothek für ein Darlehen bestellt ist, die Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches auf die

[87] Grdb.O. § 42, 54, 62.

[88] Zw.V.G. § 126—127; darum ist auch noch nach der Löschung der Hypothek eine Kraftloserklärung des Briefes im Wege des Aufgebotsverfahrens ulässig, § 136. — Gleiches gilt in dem Verteilungsverfahren hinsichtlich der Entschädigungssumme aus Enteignung.

[1] B.G.B. § 1116 Abs. 2—3. Hinsichtlich des Eintrittes der dinglichen Bindung und des Einflusses nachträglicher Verfügungsbeschränkungen gelten § 873 Abs. 2 u. § 878.

[2] E.G. Art. 192 Abs. 1 S. 1. Bei der Regel ist es in Bayern (rechts des Rheines), Sachsen, Altenburg, Meiningen, Reufs ä. L. u. Schaumburg verblieben. Ebenso nach Preufs. A.G. Art. 33 § 1—2 in Nassau und Helgoland und hinsichtlich älterer, nicht umgewandelter Hypotheken in nichtlandrechtlichen Gebieten. Hier sind auch ältere Hypothekenurkunden nicht zu Hypothekenbriefen des neuen Rechts geworden (Meining. A.G. Art. 19 § 1). Buchhypotheken sind ferner nach den oben § 161 S. 888 Anm. 2 angef. Gesetzen solche ältere Hypotheken geworden, für die ein Hypothekenbrief nicht gebildet bezw. auch nicht zu bilden war. Endlich sind auch die Kapitalposten in Hamburg (A.G. § 48) und Lübeck (A.G. § 95) in Buchhypotheken umgewandelt, bei denen die subsidiäre persönliche Haftung des Eigentümers (oben § 157 S. 842 Anm. 19) als die persönliche Schuld gilt, zu deren Sicherung das Grundstück belastet ist.

Digitized by Google

Forderung in Ansehung der Einrede des nicht empfangenen Geldes einen Monat lang gesperrt. Während dieses Monates genügt zur Eintragung eines Widerspruchs, der sich darauf gründet, dafs die Hingabe des Darlehens unterblieben sei, der einseitige Antrag des Eigentümers. Wird der Widerspruch innerhalb des Monats eingetragen, so wirkt diese Eintragung auf den Zeitpunkt der Eintragung der Hypothek zurück[3]. Die Buchhypothek wird also erst nach Ablauf einer Sperrfrist zur Verkehrshypothek. Bei der Briefhypothek bedarf der Eigentümer eines derartigen Schutzmittels nicht, da er den Brief zurückhalten kann.

III. Übertragung. Die rechtsgeschäftliche Übertragung oder Belastung einer Buchhypothek kommt nur durch dinglichen Vertrag und Eintragung zustande[4]. Zur Pfändung ist aufser dem Pfändungsbeschlufs die Eintragung erforderlich[5]; erfolgt die Überweisung an Zahlungsstatt, so bedarf es auch der Eintragung der Überweisung[6].

IV. Geltendmachung. Zur Geltendmachung der Buchhypothek legitimiert der Bucheintrag und nur der Bucheintrag[7].

---

[3] B.G.B. § 1139. Ähnlich nach Bayr. H.G. § 47 mit A.G. zu C.Pr.O. § 123, Regelsberger § 83 II 5, Württ. Pf.G. Art. 87, Sächs. G. § 220 nebst Altenb. § 79, Reufs ä. L. § 76 u. Reufs j. L. § 78, einigen Meckl. H.O. b. v. Meibom § 23 Anm 33. Bis zum Ges. v. 1872 auch mit Frist von 38 Tagen nach Preufs. L.R. I, 11 § 738; vgl. Förster, Grundbuchr. S. 201, Roth § 313 Anm. 46, O.Trib. Entsch. LXXV 19. Daneben bestimmte das Preufs. L.R. I, 20 § 425—426, dafs durch Eintragung einer Protestation binnen 4 Wochen nach Eintragung der Post jede andere Einwendung auch redlichen Dritten gegenüber erhalten werde.

[4] B.G.B. § 1154 Abs. 3 mit Verweisung auf § 873 u. 878. Dem Grundbuch gegenüber genügt die einseitige Eintragungsbewilligung des bisherigen Gläubigers; Grdb.O. § 19, 28—29.

[5] C.Pr.O. § 830. Die Eintragung erfolgt auf Grund des Pfändungsbeschlusses. Wirkung früherer Zustellung des Pfändungsbeschlusses wie bei der Briefhypothek (oben § 161 S. 894 Anm. 28).

[6] C.Pr.O. § 837 S. 2. Die Eintragung erfolgt auf Grund des Überweisungsbeschlusses. Zur Überweisung zur Einziehung genügt die Aushändigung des Überweisungsbeschlusses.

[7] Der Eigentümer und jeder Andere kann sich daher mit dem Gläubiger gefahrlos nur Angesichts des Grundbuches einlassen, da es immer möglich ist, dafs kurz vorher die ihm noch nicht mitgeteilte Eintragung eines Rechtsnachfolgers stattgefunden hat, gegen den er nach B.G.B. § 1156 sich nicht auf guten Glauben berufen kann. Vgl. auch Hachenburg, Vortr. S. 555, 560 ff.

Digitized by Google

§ 163. Die Sicherungshypothek.

I. Die Sicherungshypothek überhaupt[1].

1. **Begriff.** Sicherungshypothek ist eine Hypothek, bei der das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann. Sie fällt unter den Begriff der Hypothek und ist den für die Hypothek geltenden Regeln im Allgemeinen unterworfen. Da die Erteilung eines Hypothekenbriefes bei ihr gesetzlich ausgeschlossen ist, ist sie notwendig Buchhypothek und teilt deren Eigentümlichkeiten. Allein sie ist ihrem Wesen nach durch die grundsätzliche Abhängigkeit des dinglichen Rechts von der Forderung von der gewöhnlichen Buchhypothek so verschieden, dafs sie als eine besondere Art des Grundpfandrechts erscheint und als solche sich durch die Bezeichnung als „Sicherungshypothek" im Grundbuch kundgeben mufs[2].

2. **Begründung.** Eine Sicherungshypothek kann stets durch **rechtsgeschäftliche Bestellung** im Wege der Einigung und der Eintragung mit der gehörigen Bezeichnung begründet werden[3]. Auf demselben Wege ist die Umwandlung einer gewöhnlichen Hypothek in eine Sicherungshypothek, aber auch die einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek möglich[4]. Eine Hypothek für eine Forderung aus einem Inhaber- oder Orderpapier und eine Hypothek für eine Forderung von nicht bestimmtem Betrage kann nur als Sicherungshypothek bestellt werden[5].

---

[1] Hachenburg, Vortr. S. 545 ff.; Endemann § 129; Cosack § 223; Dernburg § 241 ff.; H. Lehmann II § 111 ff.; Komm. zu § 1184 ff.

[2] B.G.B. § 1184 u. 1185. Nur, wo sich aus der Beschaffenheit der Forderung notwendig der Charakter der Hypothek als Sicherungshypothek ergibt, ist die Bezeichnung im Grundbuch unwesentlich; vgl. unten S. 903 u. 907.

[3] B.G.B. § 1184. Die Einigung mufs sich auf Begründung einer Hypothek dieser Art richten. Wird trotzdem eine Hypothek ohne nähere Bezeichnung eingetragen, so entsteht jedenfalls so lange keine gewöhnliche Hypothek, bis ein Dritter sie im Vertrauen auf das Buch als solche erworben hat. Dagegen mufs angenommen werden, dafs trotzdem eine Sicherungshypothek (gemäfs B.G.B. § 139—140) entstanden ist, der Berichtigungsanspruch des Eigentümers also nur auf Änderung der Bezeichnung, nicht auf Löschung geht; a. M. Planck Bem. 3a, Biermann Bem. 2a.

[4] B.G.B. § 1186 mit § 876—878. Handelt es sich um eine notwendige Sicherungshypothek, so mufs natürlich, wenn sie in eine gewöhnliche Hypothek verwandelt werden soll, zugleich die Forderung verändert (also im Falle des § 1187 auf Namen umgeschrieben, im Falle des § 1190 fixiert) werden.

[5] B.G.B. § 1186 u. 1190. Diese notwendigen Sicherungshypotheken sind zugleich besondere Nebenarten; unten II u. III.

Digitized by Google

Anspruch auf eine Sicherungshypothek und nur auf eine Sicherungshypothek gewähren die gesetzlichen Pfandtitel. Nach Reichsrecht können die Bauunternehmer und Bauhandwerker die Bestellung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke für ihre Forderungen aus dem Werkvertrage verlangen[6]. Nach Landesrecht bestehen überdies gesetzliche Pfandtitel für den Fiskus und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts und für öffentlich verwaltete Stiftungen[7], sowie auf vorbehaltenen Rechtsgebieten[8]. Allgemein braucht, wer zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist, nur eine Sicherungshypothek zu bestellen[9].

Eine Sicherungshypothek und nur eine solche kann ferner durch Eintragung im Wege der Zwangs- oder Arrestvollstreckung auf ein Grundstück gelegt werden[10]. Doch ist die

---

[6] B.G.B. § 648. Daß dieser Schutz nicht ausreicht, ist bekannt. — Der Schweiz. Vorentw. § 824—825 gewährte ein Vorrecht vor anderen Pfandrechten, die das Grundstück auf Gefahr der Handwerker und Unternehmer überlastet haben. Der Entw. § 826—828 schützt nur noch gegen Vorbelastungen in erkennbarer Schädigungsabsicht.

[7] E.G. Art. 91. Vgl. Bayr. A.G. Art. 6, 30—31; Bad. Art. 6, 30—31; Kob.-Goth. Art. 31—32; Meining. Art. 19 § 3; Sondersh. Art. 39; Reuß ä. L. § 104; Lüb. § 63. Wo die A.G. schweigen, ist das ältere Recht in Kraft geblieben, wie Preuß. E.G. z. Konk.O. v. 1855 Art. XI u. A.G. z. Konk.O. v. 1879 § 11, Württ. Pf.G. Art. 37. Dagegen ist Sächs. Gb. § 393 durch A.G. § 53 aufgehoben. Die Eintragung erfolgt auf Ersuchen der zuständigen Behörde. Die Hypothek entsteht mit der Eintragung. Vgl. Niedner zu Art. 91 S. 187 ff.

[8] So z. B. aus Bierlieferungsverträgen (vgl. E.G. z. H.G.B. Art. 18) nach Bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 14. Ferner bei Erbgütern nach Bayr. G. v. 22. Febr. 1855 Art 27 u. Hess. G. v. 11. Sept. 1858 mit Pf.G. Art. 25. — Überdies können auf Grund des früheren Rechts (vgl. Roth § 303) erworbene oder an Stelle früherer Legalhypotheken getretene Pfandtitel (oben § 157 Anm. 2) einen Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek gewähren.

[9] B.G.B. § 232 u. 238 Abs. 1. Dagegen ist, wenn mit einer Hypothekenforderung Sicherheit geleistet werden soll, eine Forderung mit bloßer Sicherungshypothek ungeeignet; § 238 Abs. 2. — Nur eine Sicherungshypothek wird demgemäß auch auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts auf das Grundstück eines Vormundes, Pflegers oder Beistandes eingetragen; F.G.G. § 54.

[10] C.Pr.O. § 866—867, 932; vgl. Hachenburg, Vortr. S. 638 ff., Dernburg, B.R. III § 244—245, Struckmann u. Koch (8. Aufl.) II 280 ff., 351 ff. Die Eintragung erfolgt auf einseitigen Antrag des Gläubigers; doch genügt ein Vollstreckungsbefehl nicht. Mit der Eintragung entsteht die Hypothek. Die Eintragung wird auf dem vollstreckbaren Titel bemerkt. — Die Zwangshypothek ist besonders im preuß. R. ausgebildet und wurde hier als Briefhypothek eingetragen; Dernburg, H.R. II 112 ff., R.Ger. XXVIII Nr. 62, XXXII Nr. 18. Vgl. ferner Bayr. G. v. 29. Mai 1886 Art. 40 ff., Regelsberger S. 407 ff.; Sächs. Gb. § 394 u. G. v. 4. Mai 1879 § 10—11. Auch die

Digitized by Google

Eintragung einer Zwangs- oder Arresthypothek nur für eine Forderung, deren Betrag dreihundert Mark übersteigt, zulässig[11] und darf auf mehrere Grundstück nur geteilt erfolgen[12]. Auch das Zwangsversteigerungsverfahren führt, wenn der Ersteher das Meistgebot nicht bar berichtigt, zur Eintragung von Sicherungshypotheken für die den Bezugsberechtigten übertragenen oder dem bisherigen Eigentümer verbleibenden Forderungen gegen den Ersteher[13].

Ohne Eintragung entsteht eine Sicherungshypothek von Rechts wegen für den durch das Pfandrecht an der Forderung auf Übereignung eines Grundstücks gesicherten Gläubiger, sobald der Schuldner das Eigentum an dem Grundstücke erlangt[14]. Doch bleibt die Eintragung zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte erforderlich.

Im Wege gesetzlicher Umwandlung sind auf Grund reichsgesetzlicher Ermächtigung durch Landesgesetz die bestehender Hypotheken da, wo sie im Sinne des französischen oder des gemeinen römischen Rechts den streng akzessorischen Charakter gewahrt hatten, zu Sicherungshypotheken des neuen Rechtes ge-

---

Arresthypothek, die als bedingte Hypothek aufzufassen ist, wurde vom preuſs. R. geschaffen und anderswo übernommen; Dernburg a. a. O. S. 124 ff., Regelsberger S. 410 ff. — Über andere Gesetze, die die vollstreckbare Forderung als Hypothekentitel behandeln, vgl. Roth § 303 Z. 9. — Über die französische Judizialhypothek Code civ. Art. 2117, 2123, Puchelt § 44—45; dazu Preuſs. A.G. Art. 33 § 4, Bayr. L.G. f. d. Pfalz Art. 12. — Über die Schicksale älterer Zwangs- und Arresthypotheken Habicht S. 470, 481 ff. — Obschon die völlige Abschaffung der Vollstreckungshypothek, die dem Personalgläubiger etwas gewährt, worauf er keinen Anspruch hat, wünschenswert gewesen wäre, hat das neue Recht sich mit ihrer Abschwächung begnügt.

[11] Manche wollen die Vorschrift der C.Pr.O. § 866 Abs. 3 nicht auf die Arresthypothek erstrecken; so Endemann a. a. O. Anm. 26, Förster, Grundbuchr. S. 264, Struckmann u. Koch zu § 932 Bem. 3. Vgl. dagegen Rechtspr. der O.L.G. II 221, Meisner S. 281 mit Anm. 1, H. Lehmann II 326. — Die Zusammenrechnung mehrerer Urteilsforderungen ist unzulässig; Niedner, D. J.Z. 1900 S. 203 ff., Struckmann u. Koch zu § 866 Bem. 3, Rspr. d. O.L.G. I 6, 101, IV 493, R.Ger. b. Seuff. LVI Nr. 236. A. M. Dernburg § 244 Anm. 9.

[12] So auch nach Preuſs. V. v. 4. März 1834. Dagegen lieſs das Preuſs. G. v. 23. Juli 1883 die Eintragung einer Gesamthypothek zu; Dernburg, H.R. II 119 ff. — Die Gröſse der Teile bestimmt der Gläubiger; der einzelne Teil kann auch weniger als 300 Mark betragen; Struckmann u. Koch zu § 867 Bem. 2; Rspr. d. O.L.G. III 201.

[13] Zw.V.G. § 128 ff. Auch diese Sicherungshypothek entsteht mit der Eintragung.

[14] B.G.B. § 1287 S. 2. Ebenso im Falle der Pfändung; C.Pr.O. § 848 Abs. 2. Vgl. dazu oben § 147 S. 693 Anm. 70.

Digitized by Google

worden[15]. Ältere Hypotheken für Forderungen mit nicht bestimmtem Betrage sind überall kraft reichsgesetzlicher Vorschrift in Sicherungshypotheken des neuen Rechts verwandelt[16].

3. Wirkung. Die Sicherungshypothek begründet ein grundsätzlich unselbständiges Grundpfandrecht.

Das dingliche Recht richtet sich hier nur nach der Forderung. Die Publizitätswirkungen des Grundbuches erstrecken sich auch in Ansehung der Hypothek nicht auf die Forderung und die Einreden gegen die Forderung. Wer das dingliche Recht geltend macht, kann sich dafür, dafs die Forderung besteht und ihm zusteht, nicht auf die Vermutung aus dem Bucheintrage berufen. Dem Erwerber der Sicherungshypothek kommt, wenn die Forderung nicht entstanden oder erloschen oder mit einer Einrede aus der Person eines Rechtsvorgängers behaftet ist, der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht zugute. Die Eintragung der Forderung entbehrt hier der Kraft, dem Inhalte der dinglichen Schuld selbstständige Wirksamkeit zu verschaffen[17]. Ebenso wird die Übertragung der Forderung, obschon sie stets zusammen mit der Übertragung des dinglichen Rechts durch Eintragung erfolgt, auch in Ansehung der Hypothek dem Eigentümer gegenüber erst wirksam, wenn sie ihm oder dem von ihm verschiedenen persönlichen Schuldner angezeigt oder sonst bekannt geworden ist[18]. Endlich kommt für die Fälligkeit der Forderung, wenn sie von einer Kündigung abhängt, auch in Ansehung der Hypothek lediglich eine Kündigung des persönlichen Schuldners oder an den persönlichen Schuldner in Betracht[19].

---

[15] E.G. Art. 193; Bayr. L.G. f. d. Pfalz Art. 1, Bad. A.G. Art. 40, Elsafs-Lothr. § 77; Preufs. A.G. Art. 33 § 3 für ältere hessische Hypotheken, Hess. G. betr. Anl. das Grundb. Art. 21 u. 53, Weim. A.G. § 160, Rudolst. Art. 106. Bisherige Hypothekenbriefe haben ihre rechtliche Bedeutung verloren.

[16] E.G. Art. 192 Abs. 1 S. 1; ebenso auf Grund E.G. Art. 195 Abs. 2 nach Meckl. A.V. § 197 (195) die den Charakter der Grundschuld tragenden Ultimate.

[17] Nach B.G.B. § 1185 Abs. 2 ist § 1138 unanwendbar. Ebenso, weil hiernach die Einrede des nicht empfangenen Geldes stets jedem späteren Gläubiger entgegengesetzt werden kann, § 1139.

[18] Durch B.G.B. § 1185 Abs. 2 wird die Anwendung von § 1156 ausgeschlossen; dies bedeutet, dafs die §§ 406—408 auch auf das dingliche Schuldverhältnis Anwendung finden. Vgl. Hachenburg, Vortr. S. 556, 561.

[19] Die Anwendung von § 1141 wird durch § 1185 Abs. 2 ausgeschlossen. Nicht einmal eine Anzeige an den Eigentümer ist erforderlich; nur treffen, wenn er ohne solche verklagt wird, den Gläubiger die Prozefskosten. Auch die Haftung des Grundstückes für Verzugszinsen tritt abweichend von § 1146 mit dem Verzuge des persönlichen Schuldners unabhängig davon ein, ob auch

Digitized by Google

Trotzdem besitzt auch die Sicherungshypothek dasjenige Mafs von Selbständigkeit, das dem Wesen des modernen Grundpfandrechtes überhaupt entspricht. Einerseits wird auch hier die Forderung durch die Eintragung dergestalt mit dem dinglichen Recht verbunden, dafs sie nicht ohne die Hypothek und nur in liegenschaftsrechtlicher Form übertragen werden kann[20]. Andererseits steht auch hier neben der persönlichen Schuld eine dingliche Schuld, die zwar den gleichen Inhalt wie jene hat, aber mit der dinglichen Klage aus der Hypothek für sich geltend gemacht wird[21]. Vor allem aber ist der Bestand der Sicherungshypothek so wenig, wie der jeder anderen Hypothek, an die Forderung gebunden. Auch bei ihr ist ein Forderungswechsel möglich[22]. Auch sie kommt, wenn die Forderung nicht entsteht, als Eigentümergrundpfandrecht zur Entstehung. Auch sie geht, wenn die Forderung erlischt, als Eigentümerhypothek auf den Eigentümer oder als Hypothek für eine Ersatzforderung auf den persönlichen Schuldner über[23].

II. Sicherungshypothek für Forderungen aus Inhaber- oder Orderpapieren[24]. Eine besondere Art der

---

dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges vorliegen. Vgl. Hachenburg, Vortr. S. 549 ff.

[20] Nach B.G.B. § 1153, 1154 Abs. 3. Anders nach Entwurf II a § 1093. Vgl. Hachenburg S. 565 ff.

[21] Gemäfs B.G.B. § 1133—1134, 1147—1149. Auch § 1142 u. § 1150 sind anwendbar. Ebenso § 1157, so dafs der öffentliche Glaube des Grundbuchs dem redlichen Erwerber der Sicherungshypothek auch hinsichtlich persönlicher Einreden gegen seinen Rechtsvorgänger insoweit zugute kommt, als sie sich gegen die Geltendmachung des dinglichen Rechtes wenden, und er z. B. durch ein nicht eingetragenes und ihm nicht bekanntes Versprechen des Vorgängers, die Befriedigung aus dem Grundstück erst nach Ausklagung des persönlichen Schuldners zu suchen, nicht gebunden wird; vgl. oben § 159 S. 870 Anm. 47—48, Hachenburg S. 563, Biermann zu § 1157 Bem. 5, Planck Bem. 4, jetzt auch Dernburg § 241 II 1.

[22] Gemäfs B.G.B. § 1180; Hachenburg S. 570 ff.

[23] Gemäfs B.G.B. § 1143, 1163—1166, 1168—1170.

[24] Hachenburg S. 601 ff.; Dernburg § 242; Biermann, Planck, Kober, Fuchs zu § 1187—1189; Jacobi, Wertpapiere S. 341 ff. — Nach bisherigem Recht war die Eintragung einer Inhaberhypothek regelmäfsig unzulässig; vgl. für das französ. u. bad. R. R.Ger. XVIII Nr. 74. Doch wurden Inhaberpfandbriefe ausnahmsweise zugelassen; oben § 157 S. 846 Anm. 34—35. Dabei näherten sich die österreichische Gesetzgebung und die Gesetzgebung über Verpfändung von Bahneinheiten (oben § 157 Anm. 35) dem im B.G.B. durchgeführten System, das im Bayr. G. v. 18. März 1896 Art. 18 ff. allgemein vorweggenommen wurde. Dagegen will der Schweiz. Entw. § 845 (Vorentw. 840) bei „Schuldbrief" und „Gült" die Stellung des „Pfandtitels" selbst auf den Inhaber zulassen und daneben in § 861—869 (Vorentw. 854—864) die „Serientitel" bei Anleihen besonders ordnen.

Digitized by Google

Sicherungshypothek ist die Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, einem Wechsel oder einem anderen Orderpapier. Da die Hypothek für eine derartige Forderung notwendig Sicherungshypothek ist, gilt sie auch dann als Sicherungshypothek, wenn sie im Grundbuch nicht als solche bezeichnet ist. Die Form der Sicherungshypothek hat hier jedoch eine völlig andere Bedeutung, als sonst, da sie hier hoch gesteigerter Verkehrsfähigkeit des Grundpfandrechtes dient.

Die Begründung der Inhaber- oder Orderhypothek erfolgt durch rechtsgeschäftliche Bestellung[25]. Die Bestellung einer Inhaberhypothek ist dadurch erleichtert, daſs statt des dinglichen Vertrages eine einseitige Bestellungserklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte genügt[26]. Auch braucht, wenn die Hypothek für die Forderungen aus Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber bestellt wird, im Grundbuch nur der Gesamtbetrag der Hypothek und die Zahl, der Betrag und die Bezeichnung der Teile eingetragen zu werden[27].

Gleich jeder Sicherungshypothek ist auch diese Hypothek Buchhypothek. Allein ein Hypothekenbrief ist hier nur deshalb ausgeschlossen, weil das Inhaber- oder Orderpapier, das die Forderung verkörpert, zugleich das dingliche Grundpfandrecht in sich aufnimmt. Das Papier ersetzt daher bei dem Erwerbe, der Übertragung und der Geltendmachung des dinglichen Rechtes den Brief. Mit der Übereignung des Papiers durch Übergabe des Inhaberpapiers oder des indossierten Orderpapiers geht zusammen mit der Forderung auch die Hypothek über[28]. Ebenso erfolgt die

[25] Bei Inhaberpapieren setzt sie, da es sich stets um Geldpapiere handelt, staatliche Genehmigung voraus, mangels deren auch die Eintragung der Hypothek nichtig ist; B.G.B. § 795, oben § 112 S. 163 Anm. 45. Bei Orderpapieren besteht dieses Erfordernis nicht.

[26] B.G.B. § 1188 Abs. 1; dabei ist § 878 anwendbar. Bei Orderpapieren gilt dies nicht; es ist also Einigung mit dem benannten ersten Gläubiger und Eintragung auf dessen Namen erforderlich.

[27] Grdb.O. § 51. Bei Teilschuldverschreibungen an Order bedarf es der Eintragung jeder Teilhypothek auf den Namen des Gläubigers. Doch bleibt es möglich, daſs die Hypothek für einen an Order lautenden kaufmännischen Verpflichtungsschein auf den Namen eines einzigen Gläubigers (z. B. des emittierenden Bankhauses) eingetragen wird und hinterher die Bildung und Begebung von Teilschuldverschreibungen erfolgt, womit nach B.G.B. § 1151 Teilhypotheken mit gleichem Range entstehen.

[28] B.G.B. § 1187 S. 3. Bei Orderpapieren ist natürlich auch Blankoindossament ausreichend. Durch die Indossierung des Orderpapiers wird das Grundbuch unrichtig.

Digitized by Google

Belastung und die Pfändung der Hypothek nach den für Inhaberpapiere oder Orderpapiere geltenden Regeln[29]. Der Besitz des Papiers ist in demselben Umfange, in dem er zur Geltendmachung der Forderung legitimiert, zur Legitimation als Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek erforderlich und ausreichend. Darum soll auch die Vorlegung des Papiers vom Grundbuchamte vor jeder Eintragung verlangt und die erfolgte Eintragung der Hypothek oder einer bei ihr eingetretenen Änderung auf dem Papier vermerkt werden[30]. So erscheint hier das Papier als Träger des mit der Forderung verbundenen Rechts am Grundstücke und teilt ihm seine eigne Beweglichkeit mit.

Gleich jeder Sicherungshypothek ist ferner auch diese Hypothek grundsätzlich unselbständig. Allein ihre Abhängigkeit von der Forderung steht ihrer Verkehrsfähigkeit nicht entgegen, weil die Forderung selbst vermöge der skripturrechtlichen Kraft der Inhaber- und Orderpapiere und des hieraus folgenden Schutzes des redlichen Erwerbes sich einer hoch gesteigerten Verkehrsfähigkeit erfreut.

Das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Eigentümer kann in eingreifender Weise durch die Bestellung eines Treuhänders abgewandelt werden[31]. Die Bestellung, die bei der Errichtung einer Inhaberhypothek einseitig vom Eigentümer, sonst nur von dem Eigentümer und dem Gläubiger gemeinschaftlich vorgenommen werden kann, ist ein dingliches Rechtsgeschäft und bedarf der Eintragung in das Grundbuch[32]. Der Treuhänder ist berufen, den jeweiligen Gläubiger mit Wirkung für und wider jeden späteren Gläubiger bei Verfügungen über die Hypothek und bei Geltendmachung der Hypothek insoweit zu vertreten, als ihm die Befugnis

---

[29] Für Pfändung und Überweisung C.Pr.O. § 830 Abs. 3 u. § 837 Abs. 2.

[30] Grdb.O. § 44 Abs. 1. Der bei der ersten Eintragung auf das Papier gesetzte Vermerk verschafft dem Papier in Ansehung der Hypothek auch dem Grundbuchamte gegenüber für spätere Eintragungen die Legitimationskraft gemäſs Grdb.O. § 29. Dies wird oft übersehen.

[31] B.G.B. § 1189. Das B.G.B. nennt ihn „Vertreter". Er ist aber „Treuhänder", wie der im Hypothekenbankgesetz v. 13. Juli 1899 so genannte Gläubigervertreter. Über den Treuhänder im geltenden Recht überhaupt vgl. A. Schultze, Jahrb. f. D. XLIII 1 ff.

[32] Bestellt werden kann auch eine Verbandsperson oder eine Mehrheit von Personen zu gesamter Hand. — Die Abberufung und die Ersetzung durch einen anderen Treuhänder fordert gleichfalls Einigung des Eigentümers und sämtlicher Gläubiger und Eintragung. Doch kann die Beendigung des Verhältnisses anders geregelt werden. Vgl. Kober zu § 1189 Bem. IV u. V; Biermann Bem. 5; Planck Bem. 6.

Digitized by Google

hierzu bei der Bestellung eingeräumt ist. Er kann insoweit, wenn eine gröfsere Zahl von Teilforderungen besteht, einheitlich anstatt der Gläubigergesamtheit vor Gericht und aufser Gericht handeln und Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt abgeben. Hierbei braucht er, da ihn der Bucheintrag legitimiert, die Papiere nicht vorzulegen[33]. Der Umfang seiner Befugnisse richtet sich lediglich nach der getroffenen Bestimmung[34]. Auch seine Pflichten können ungleich bestimmt werden. Im allgemeinen ist er nicht blofs dem Gläubiger, sondern auch dem Eigentümer zur gewissenhaften Erfüllung seiner Aufgabe verpflichtet[35]. Daher kann der Eigentümer, wenn er von dem Gläubiger eine Verfügung verlangen kann, zu der der Treuhänder befugt ist, die Vornahme der Verfügung vom Treuhänder verlangen[36]. Neben dem Treuhänder bleibt der Gläubiger zur Verfügung und zur Geltendmachung befugt[37]. Der Treuhänder ist kein Vollmachtträger und kein Beauftragter. Er ist ein Vertreter aus eignem Recht, der in eignem Namen und selbständig handelt. Ihm ist ein Stück der sachenrechtlichen Gläubigerstellung und damit eine Mitherrschaft über die Hypothek übertragen. Er hat ein dingliches Recht. Allein er hat dieses Recht nicht für sich, sondern als Verweser der Interessen des Gläubigers und des Eigentümers auszuüben und ist den Beteiligten zu getreuer Ausübung verpflichtet[38].

---

[33] Auch eine Eintragung in das Grundbuch erfolgt, wenn er sie bewilligt oder zur Bewilligung verurteilt ist, ohne Vorlegung des Papiers; Grdb.O. § 44 Abs. 2.

[34] Unrichtig Endemann S. 522. Verfügungen, zu denen der Treuhänder ermächtigt werden kann, sind z. B. die Entlassung von Trennstücken aus der Haftung, die Bewilligung einer Rangveränderung, der Löschung oder der Umschreibung in eine Eigentümerhypothek, auch wohl die Kündigung und die Entgegennahme der Kündigung (Denkschrift S. 154). Die Geltendmachung, zu der eine generelle Ermächtigung ausreicht, umfaſst die Maſsregeln bei Verschlechterung des Grundstücks, die dingliche Klage und die Zwangsvollstreckung. Zur Verfügung über die Forderung kann der Treuhänder nicht ermächtigt werden. Daher auch nicht zu ihrer Einziehung durch Empfangnahme einer Zahlung aus pfandfreien Mitteln. Dagegen kann er im Falle der Befriedigung aus dem Grundstücke zum Empfange der Gelder befugt sein. Für die Zulässigkeit beliebiger Ermächtigung zum Zahlungsempfange sprechen sich Kober Bem. 2a, Oberneck S. 712, Meisner S. 276 aus. Umgekehrt Hachenburg S. 608, Biermann Bem. 3b, Jacobi S. 345.

[35] Kober zu § 1189 Bem. II.

[36] Dies wird im B.G.B. § 1189 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt.

[37] Hachenburg, Beitr. S. 106, Planck Bem. 2, Biermann Bem. 4, Kober Bem. III, Meisner S. 276. Doch ist Ausschlieſsung möglich.

[38] Seine Stellung ist der eines Testamentsvollstreckers ähnlich, worauf

Digitized by Google

Besteht unter den Gläubigern ein vertragsmäfsiger oder gesetzlicher Gläubigerverband, so wird von der Gemeinschaft mit der Forderung des einzelnen Gläubigers zugleich die von ihr abhängige Hypothek ergriffen. Die der Gläubigergesamtheit vertragsmäfsig eingeräumte und bei Teilschuldverschreibungen, deren Gesamtbetrag mindestens 300000 Mark und deren Stückzahl 300 erreicht, schon kraft Gesetzes zustehende Macht über die einzelnen Forderungen erstreckt sich auch auf die Hypothek[39]. Ein vertragsmäfsig eingesetzter oder ein kraft gesetzlicher Ermächtigung von der Gläubigerversammlung bestellter Vertreter der Gläubiger ist, soweit seine Vertretungsmacht reicht, auch zur Vertretung der Gläubiger in Ansehung der Hypothek berufen[40]. Ein solcher Vertreter kann — jedoch nur durch Einigung mit dem Eigentümer und Eintragung — zugleich zum sachenrechtlichen Treuhänder bestellt werden. Andernfalls bleiben die Befugnisse und Verpflichtungen des sachenrechtlichen Treuhänders unberührt. Doch tritt ihm an Stelle des einzelnen Gläubigers der Gläubigerverband und dessen Vertreter innerhalb der Grenzen der Vergemeinschaftung zur Seite. Besteht ein gesetzlicher Gläubigerverband, so hat er hinsichtlich der Berufung einer Gläubigerversammlung gleiche Rechte, wie ein von der Versammlung bestellter Vertreter. Andererseits ist seine gerichtliche Abberufung auf Antrag einer Minderheit, deren Schuldverschreibungen zusammen den fünften Teil des Gesamtbetrages der umlaufenden Schuldverschreibungen erreichen, aus einem wichtigen Grunde möglich[41].

III. Höchstbetragshypothek. Als Sicherungshypothek und nur als solche kann eine Hypothek bestellt werden, bei der nur der Höchstbetrag der Forderung, für die das Grundstück haften soll, bestimmt ist, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird[42]. Eine derartige Höchstbetragshypothek

---

auch Hachenburg, Vortr. S. 607 ff., hinweist. Vgl. Endemann S. 522, Kober Bem. VI, Jacobi S. 345. Über Treuhänder mit begrenztem dinglichem Recht überhaupt A. Schultze a. a. O. S. 64 ff.

[39] R.Ges., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, v. 4. Dez. 1899 § 1 ff. mit Kommentar von H. Göppert S. 16 ff.

[40] Schuldv.G. § 14 ff.; Göppert S. 83 ff.

[41] Schuldv.G. § 16—17; Göppert S. 102 ff. u. 108 ff.

[42] B.G.B. § 1190; Hachenburg, Vortr. S. 597 ff., Endemann § 131, Dernburg, B.R. III § 243, Planck, Fuchs, Biermann, Kober, Meisner zu § 1190. — Im bisherigen Recht wurde nur eine derartige Hypothek als „Sicherheitshypothek" oder „Kautionshypothek" von der gewöhnlichen Hypothek unterschieden; vgl. Roth III § 301; Regelsberger, Studien Abh. I, Bayr.

Digitized by Google

(Maximal-, Kautions-, Ultimat-, Kredithypothek) dient zur Sicherung möglicher künftiger Ansprüche von noch unbestimmter Höhe. Sie kann für alle oder gewisse Forderungen, die der Gläubiger gegen den Eigentümer oder einen Anderen erlangen wird, bestellt werden. Besonders aber eignet sie sich zur Sicherung der Forderungen, die aus einem dauernden Verpflichtungsverhältnis entstehen können, in das der Eigentümer oder ein Anderer vertragsmäfsig (z. B. als Kreditempfänger, Warenabnehmer, Pächter, Gesellschafter, Angestellter usw.) oder gesetzlich (z. B. als Niefsbraucher, Ehemann, Vormund usw.) verstrickt ist[43]. Die Eintragung des auf eine bestimmte Geldsumme lautenden Höchstbetrages in das Grundbuch ist zur Entstehung einer derartigen Hypothek unerläfslich[44]. Dagegen gilt sie auch dann als Sicherungshypothek, wenn sie im Grundbuch nicht als solche bezeichnet ist.

Bei der Höchstbetragshypothek erfolgt die Feststellung der jeweiligen Forderung aufserhalb des Grundbuchs. Die dingliche Schuld ist aber durch den Höchstbetrag begrenzt. Auch auf bedungene oder gesetzliche Zinsen und andere Nebenleistungen erstreckt sie sich nur innerhalb der Haftungsgrenze[45].

Im Gegensatze zur gewöhnlichen Sicherungshypothek ist hier eine Übertragung der Forderung ohne die Hypothek nach den Regeln des Obligationenrechts und ebenso auf Grund einer Pfändung die Überweisung der Forderung ohne die Hypothek an Zahlungsstatt möglich[46].

H.R. § 43; Preufs. L.R. I, 20 § 14, E.E.G. § 24, Dernburg, H.R. II § 26—27; Sächs. Gb. § 370; Württ. Pf.G. Art. 11, Römer § 21 B; Hess. Pf.G. Art. 3; Exner § 20 Z. 2.

[43] Auf Grund mancher gesetzlicher Pfandtitel (oben Anm. 6—9) kann nur die Bestellung einer Höchstbetragshypothek verlangt werden. Die Arresthypothek (oben Anm. 10) ist immer Höchstbetragshypothek. Auch die kraft Gesetzes entstehende Sicherungshypothek (oben Anm. 14) kann als Höchstbetragshypothek ins Leben treten. Über die Umwandelung älterer Grundpfandrechte in Höchstbetragshypotheken vgl. oben Anm. 16.

[44] Ist die Hypothek nicht für alle Forderungen des Gläubigers bestellt, so bedarf es auch der Angabe des Forderungsgrundes, die aber ausreichend durch Verweisung auf die Eintragungsbewilligung erfolgt; K.Ger. XXIII A 237, Hachenburg S. 597, Biermann Bem. 1; a. M. Planck Bem. 2 d.

[45] B.G.B. § 1190 Abs. 2. Dagegen reicht die gesetzliche Haftung für Kosten weiter.

[46] B.G.B. § 1190 Abs. 4; C.Pr.O. § 837 Abs. 3. In der Regel wird eine derartige Übertragung oder Überweisung nur in Ansehung von Einzelansprüchen vorkommen. Dann verbleibt die Hypothek dem Gläubiger für seine Forderung in ihrem nunmehrigen Bestande und ihrem künftigen Wachstum bis zum

Digitized by Google

Im übrigen gelten die allgemeinen Regeln für Sicherungshypotheken. Insbesondere steht auch die Höchstbetragshypothek insoweit, als die Forderung nicht oder noch nicht entstanden oder wieder erloschen oder durch Übertragung ausgeschieden ist, dem Eigentümer zu[47]. Die Höchstbetragshypothek besteht somit immer in dem ganzen durch den eingetragenen Höchstbetrag ausgedrückten Umfange als Grundpfandrecht von festem Betrage. Es ist nur in der Schwebe, zu welchem Betrage sie in jedem Augenblicke Gläubigerhypothek oder Eigentümergrundpfandrecht ist. Solange dieser Schwebezustand währt, kann der Eigentümer über sein Eigentümergrundpfandrecht, da es jederzeit zur Umwandlung in Gläubigerhypothek bereit gestellt bleiben mufs, nicht verfügen. Sobald aber endgültig feststeht, dafs die Forderung überhaupt nicht zur Entstehung gelangen wird oder erledigt ist oder sich auf einen Betrag beschränkt, der den Höchstbetrag nicht erreicht, erstarkt das anwartschaftliche Eigentümergrundpfandrecht zu einem vollwirksamen Eigentümergrundpfandrecht in Höhe des Höchstbetrages oder des von der Haftung entbundenen Teilbetrages[48]. Aus dieser Struktur der Höchstbetragshypothek ergibt sich auch, dafs sie zu jeder Zeit der Umwandlung in jede andere Art des Grundpfandrechtes fähig ist[49].

Höchstbetrage. Wird dagegen die ganze Forderung für sich abgetreten, so geht die Hypothek im ganzen Betrage endgültig auf den Eigentümer über. — Möglich bleibt stets auch, und zwar schon vor Feststellung der Forderung, die Abtretung der Forderung mit der Hypothek durch Bucheintrag; K.Ger. XXIV A 253, Rspr. d. O.L.G. IV 320.

[47] Anders nach bisherigem Recht, nach dem die Sicherheitshypothek erst mit der Entstehung der Forderung entstand und nur ihr Rang sich nach der Zeit der Eintragung richtete (vgl. Roth § 301 Z. 1 u. 2, Regelsberger § 43 Z. 4, Römer S. 105 ff.), auch die Succession des Eigentümers ausgeschlossen war (Pr. E.E.G. § 67) und nur ein Löschungsanspruch nach Erlöschen der Forderung bestand (R.Ger. XVI Nr. 56).

[48] Der Eigentümer kann also nun Umschreibung auf seinen Namen oder Löschung verlangen; R.Ger. LVI Nr. 80. Der entsprechende Teil des Erlöses aus der Zwangsversteigerung gebührt ihm; R.Ger. LV Nr. 51. Die Pfändung ist zulässig; R.Ger. LI Nr. 25. — Unrichtig ist die Meinung, dafs erst in diesem Zeitpunkt das Eigentümergrundrecht entstehe; so das R.Ger. a. a. O., Hachenburg S. 590, H. Lehmann § 113, Dernburg § 243 Z. 8, Biermann Bem. 3, Kober Bem. 5, Turnau-Förster Bem. 8. Richtig Endemann § 131, Planck Bem. 4 u. bes. H. Hirsch, Arch. f. b. R. XXV 235 ff., der zutreffend das vorläufige und das endgültige Eigentümergrundpfandrecht unterscheidet.

[49] Die Umwandelung in eine feste Hypothek (Sicherungshypothek oder gewöhnliche Hypothek) setzt die Fixierung der Forderung oder ihre Ersetzung durch eine feste Forderung (nach B.G.B. § 1180) voraus. Die Zustimmung

Digitized by Google

§ 164. Die Grundschuld[1].

I. **Begriff und Wesen.** Die Grundschuld ist ein ohne rechtlichen Zusammenhang mit einer Forderung begründetes Grundpfandrecht, das sich auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme und möglicherweise auch auf Entrichtung von Zinsen und sonstigen Nebenleistungen aus dem Grundstück richtet[2].

Das Wesen der Grundschuld beruht auf der begrifflichen Selbständigkeit der dinglichen Schuld, für die das mit ihr belastete Grundstück haftet[3]. Da eine Forderung nicht eingetragen werden darf, die Eintragung des Schuldinhaltes aber unerläſslich ist, kommt die dingliche Schuld auch im Grundbuch als selbständige Grundstückslast zur Erscheinung.

Ein persönliches Schuldverhältnis braucht der Bestellung der Grundschuld überhaupt nicht zugrunde zu liegen. Wenn z. B. der Eigentümer gegen Hingabe einer von ihm bestellten Grundschuld Geld aufnimmt, ohne sich persönlich zur Rückzahlung zu verpflichten, so schlieſst er keinen Darlehnsvertrag, aus dem er zunächst persönlicher Schuldner würde, sondern räumt lediglich in ähnlicher Weise, wie beim Rentenkaufe, ein Recht an seinem Grundstücke gegen Entgelt ein. Ebenso kann die Abfindung eines Miterben durch eine für ihn eingetragene Grundschuld ohne jede obligationenrechtliche Grundlage zustande kommen. Liegt ein persönliches Schuldverhältnis zugrunde, so

---

der Nachberechtigten ist nicht erforderlich. Ist die Forderung endgültig fest geworden, so kann jeder Beteiligte die Umwandelung in eine feste Sicherungshypothek verlangen. Für die fixierte Hypothek können auch über den bisherigen Höchstbetrag Zinsen bis zu fünf v. H. mit dem Range des Kapitals eingetragen werden; vgl. schon für das preuſs. Recht R.Ger. V Nr. 68 (anders O.Trib. b. Gruchot XXI 860). — Nach bisherigem Recht wurde die Umschreibung in eine feste Hypothek ohne Zustimmung der Nachberechtigten nur im Falle der Fixierung der ursprünglichen Forderung meist zugelassen; Dernburg, H.R. II 207 ff., Turnau S. 392; a. M. Förster-Eccius III § 199 a IV, Regelsberger § 43 Z. 5, Römer § 21 Anm. 8. Sonst war sie unzulässig.

[1] Vgl. die oben § 158 Anm. 1 angef. Schriften, bes. von Bremer, Kühnast, v. Schwind u. Puntschart. Ferner Roth III § 294, 306, 314, 318; Stobbe-Lehmann § 147 Z. 7, § 154; Dernburg, Preuſs. P.R. I § 314, H.R. II § 9. Dazu Hachenburg, Vortr. S. 533 ff.; Cosack § 222 I 2; Endemann § 132; Dernburg, B.R. III § 246; H. Lehmann, B.R. II § 114; Biermann, Planck, Kober, E. Fuchs, Meisner zu B.G.B. § 1191—1198.

[2] B.G.B. § 1191. Vgl. oben § 157 S. 842 ff. Anm. 19—20, 22, 25.

[3] Der Nachweis ist schon in § 158 erbracht; dort war auch von abweichenden Auffassungen die Rede (bes. Anm. 6, 13, 19, 21, 25).

Digitized by Google

kann es durch die Bestellung der Grundschuld getilgt werden. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Kaufpreis eines Grundstücks zum Teil durch Bestellung einer Grundschuld an Zahlungsstatt berichtigt oder ein Schenkungsversprechen durch Bestellung einer Grundschuld erfüllt wird. Möglich ist freilich auch, dafs ein persönliches Schuldverhältnis neben der Grundschuld fortbestehen oder eintreten soll und so das dingliche Recht zur Sicherung einer Forderung bestimmt ist. Allein auch dann ist die Forderung für das Sachenrecht schlechthin bedeutungslos, und ihr gewollter Zusammenhang mit der Grundschuld kann nur obligationenrechtlich wirksam werden[4].

In jedem Falle tritt die Grundschuld als abstrakte dingliche Schuld ins Leben[5]. So wenig, wie eine Forderung, wird ein Rechtsgrund eingetragen. Fehlt es an einem Rechtsgrunde oder ist der vorausgesetzte Rechtsgrund nichtig oder anfechtbar, so entsteht mit der gehörigen Bestellung des dinglichen Rechts trotzdem zugleich die dingliche Schuld des Eigentümers gegenüber dem Grundschuldgläubiger. Nur ein persönlicher Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung kann vom Eigentümer geltend gemacht und insoweit, als nicht die Publizitätswirkungen des Grundbuches entgegenstehen, auch auf Herausgabe der Grundschuld gerichtet werden[6].

---

[4] Eine auffällige Abweichung gilt nach Zw.V.G. § 53 Abs. 2, wonach, wenn für eine Grundschuld, die der Ersteher übernehmen mufs, der Eigentümer persönlich haftet, die persönliche Schuld gemäfs B.G.B. § 416 auf den Ersteher übergeht, falls nur der Eigentümer die persönliche Schuld rechtzeitig anmeldet und glaubhaft macht. Vgl. H. Lehmann, B.R. II 333 ff.

[5] Dies ist keine notwendige Folge aus dem Begriff der Grundschuld, aber positives Ergebnis der geschichtlichen Entwicklung. Vgl. für die selbständige Hypothek in Hamburg u. Lübeck Delbrück, Z. f. D. R. XV 128, 134 ff.; für Mecklenburg v. Meibom § 5; für die preufs. Grundschuld R.Ger. III 330, XXVI 274.

[6] Der Anspruch kann sich z. B. auf die Nichtigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts wegen Wuchers oder auch auf dessen Anfechtbarkeit wegen Irrtums, aber auch auf das Recht zur Rückforderung einer Schenkung (B.G.B. § 527—529) oder ihren Widerruf (§ 530), auf das Zugrundeliegen einer Spielschuld (§ 762 Abs. 2) usw. stützen. Er ist in gleicher Weise begründet, wenn der Mangel dem unmittelbar auf Bestellung der Grundschuld gerichteten Vertrage oder einer zu sichernden Forderung anhaftet. Der Anspruch geht auf Umwandelung in eine Eigentümergrundschuld durch Verzicht (nach § 1169) und kann vorgemerkt werden. Er gewährt aber auch eine Einrede gegen die Geltendmachung des dinglichen Rechts, die nach § 1157 durch Widerspruch gesichert werden kann. Vgl. Hachenburg S. 542 ff., Endemann § 132

Digitized by Google

Die Grundschuld erscheint hiernach als das reine Grundpfandrecht. Sie unterscheidet sich von der Hypothek nicht durch das, was bei ihr hinzutritt, sondern durch das, was bei ihr fehlt. Die Grundschuld ist das einfache, die Hypothek das zusammengesetzte Gebilde. Der gesamte Inhalt der Grundschuld steckt auch in der Hypothek; er ist nur durch die Anknüpfung an die Forderung gebunden, kann sich aber unter Umständen in gleicher Selbständigkeit, wie bei der Grundschuld, entfalten. Darum konnte das B.G.B. die Grundschuld durch Verweisung auf die für die Hypothek gegebenen Vorschriften regeln. Alle diese Vorschriften finden auf die Grundschuld insoweit entsprechende Anwendung, als sich nicht ein Anderes daraus ergibt, dafs die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt; für Zinsen der Grundschuld gelten durchweg die Vorschriften für Hypothekenzinsen[7].

II. Begründung. Die Grundschuld kann lediglich auf rechtsgeschäftlichem Wege entstehen. Regelmäfsig bedarf es der Einigung und Eintragung[8]. Doch kann durch einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte und Eintragung eine Grundschuld für den Eigentümer selbst bestellt werden[9]. Ebenso genügt die einseitige Erklärung des Eigentümers zur Bestellung einer Inhabergrundschuld[10].

Auf dem Wege der Einigung und Eintragung kann eine Hypothek in eine Grundschuld, aber auch eine Grundschuld in eine Hypothek umgewandelt werden[11].

Die auf Grund des früheren Rechts entstandenen Grund-

Anm. 8, Biermann zu § 1191 Bem. 1, Kober Bem. I 3 b, Meisner S. 282. — Scharf davon zu unterscheiden ist die Nichtigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts selbst. Die Folge ist Nichtentstehung der Grundschuld. Der Anspruch geht auf Löschung und kann auch von einem nachstehenden Gläubiger geltend gemacht werden. Vgl. R.Ger. XXVI Nr. 52.

[7] B.G.B. § 1192.

[8] Der wesentliche Inhalt der Eintragung ergibt sich aus § 1115 mit der Mafsgabe, dafs an Stelle der Forderung das dingliche Gläubigerrecht tritt. — Für das preufs. R. vergl. R.Ger. XIV Nr 72.

[9] B.G.B. § 1196. Dabei ist § 878 anwendbar.

[10] B.G.B. § 1195 mit § 1188 Abs. 1.

[11] B.G.B. § 1198. Im ersten Falle ist Lösung der Forderung, falls sie noch besteht, notwendig; oben § 160 IV 9 S. 885 ff. Über die Behandlung des Briefes vgl. oben § 161 Anm. 6 S. 889. Im zweiten Falle mufs eine Forderung mit dem Grundpfandrecht verbunden und eingetragen werden. Ist über die Forderung eine Schuldurkunde errichtet, so mufs, da diese mit dem alten Brief nicht verbunden werden darf, ein neuer Brief erteilt werden.

Digitized by Google

schulden gelten seit der Anlegung des Grundbuchs als Grundschulden des neuen Rechts, soweit das Landesgesetz sie nicht in Hypotheken überleitet[12]. Zu Grundschulden sind auch die selbständigen Grundpfandrechte geworden, die bisher, wie die Hypotheken des mecklenburgischen Rechts, unter anderem Namen bestanden[13].

III. Rechtsverhältnisse. Die Rechtsverhältnisse aus der Grundschuld bestimmen sich nach den für Grundpfandrechte überhaupt geltenden Rechtssätzen, die sich hier selbständig entfalten[14]. Da kein persönliches Schuldverhältnis besteht, entnimmt die dingliche Schuld ihren gesamten Inhalt einschliefslich der Zahlungszeit und des Zahlungsortes lediglich ihrer eignen buchmäfsigen Feststellung[15]. Doch gelten für den Eintritt der Fälligkeit und für den Zahlungsort subsidiäre gesetzliche Vorschriften. Danach hängt die Fälligkeit von einer vorgängigen Kündigung mit sechsmonatiger Kündigungsfrist ab, die sowohl dem Eigentümer wie dem Gläubiger zusteht; Zahlungsort ist mangels anderer Bestimmung der Ort, an dem das Grundbuchamt seinen Sitz hat[16]. Die Verzugsfolgen beschränken sich auf die Erweiterung der dinglichen Schuld durch Verzugszinsen. Die Übertragung und die sonstigen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Veränderungen treffen unmittelbar und ausschliefslich das dingliche Recht und haben rein sachenrechtliche Wirkungen[17]. Die Befriedigung des

---

[12] E.G. Art. 195. So in Preufsen und den oben § 157 S. 843 Anm. 22 angef. Staaten, wo Ausnahmen nicht gemacht sind.

[13] Mecklenb. A.V. § 197 (195), mit Ausnahme der Ultimate (oben § 163 S. 901 Anm. 16). In Lübeck (§ 95) und Hamburg (§ 48—49) sind die eingetragenen Kapitalposten nur dann, wenn die subsidiäre persönliche Haftung des Eigentümers ausgeschlossen oder die Post auf den Namen des Eigentümers geschrieben war, in Grundschulden, sonst in Buchhypotheken (vgl. oben § 162 S. 896 Anm. 2) verwandelt.

[14] Es gilt somit alles oben in § 159 Gesagte.

[15] Zweifellos kann die Grundschuld aufschiebend oder auflösend bedingt oder befristet werden. Dagegen ist die Bedingung oder Befristung einer zugrunde liegenden Forderung für die Grundschuld bedeutungslos. Nur ein persönlicher Anspruch oder eine Einrede kann daraus entstehen; oben Anm. 6. Umgekehrt kann, muſs aber nicht die Modalität der Grundschuld zugleich für die Forderung vereinbart sein; R.Ger. XVII Nr. 37.

[16] B.G.B. § 1193. Im bisherigen Recht fehlten derartige Bestimmungen. Hinsichtlich des Zahlungsortes nahm das R.Ger., Jur. Wochenschr. 1891 S. 58 u. 104, das Gleiche an.

[17] Oben § 159 IV. Hinsichtlich des Eintrittes der Wirksamkeit der Übertragung gilt § 1156. Hinsichtlich der Zinsen und sonstigen Nebenleistungen

Digitized by Google

Gläubigers erfolgt durch Zahlung der dinglichen Schuld[18]. Bei der Geltendmachung der Grundschuld hat sich der Gläubiger lediglich auf das dingliche Recht zu stützen[19]. Dem Eigentümer stehen nur solche Einwendungen zu, die sich gegen das dingliche Recht richten; dazu gehören jedoch auch Einreden aus einem nicht eingetragenen Rechtsverhältnisse, das die Geltendmachung der Grundschuld zeitweilig oder dauernd ausschliefst, es müfste denn der Gläubiger die Grundschuld ohne nachweisliche Kenntnis der gegen einen Rechtsvorgänger begründeten Einrede rechtsgeschäftlich erworben haben[20]. Die Erlöschungsgründe der dinglichen Schuld sind in demselben Umfange, in dem das Erlöschen der Forderung den Bestand der Hypothek unberührt läfst, dem Bestande der Grundschuld unschädlich, bewirken aber immer deren Übergang auf den Eigentümer[21]. Hinsichtlich der Beendigungsgründe besteht kein Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld. Wird aber die Grundschuld beendigt, so bleibt keine Forderung zurück. Insbesondere kann sich der Gläubiger wegen eines Ausfalles bei der Zwangsversteigerung an Niemand halten.

IV. Briefgrundschuld. Die Grundschuld entsteht mangels anderer Bestimmung als Briefgrundschuld[22]. Der Grundschuld-

---

gelten §§ 1158—1159. Hinsichtlich der Pfändung C.Pr.O. § 857 Abs. 2. Inhaltsänderungen nach B.G.B. § 1119, Rangänderungen, Teilungen richten sich gleichfalls unmittelbar auf das dingliche Recht.

[18] Hiernach bestimmt sich das Lösungsrecht des Eigentümers (§ 1142) und eines Dritten (§ 1150). Unanwendbar sind § 1143, § 1164—1167.

[19] Oben § 159 V. „Dingliche Klage" auch nach Preufs. E.E.G. § 37.

[20] B.G.B. § 1157, oben Anm. 6 u. § 159 S. 870 Anm. 46—48. Dafs § 1157 bei der Grundschuld eine gröfsere Tragweite hat, als bei der Hypothek, und Einreden gewährt, die sich bei der Hypothek als solche gegen die Forderung darstellen, ist schon erwähnt. Für das preufs. R. war der Umfang der zulässigen Einreden auf Grund des E.E.G. § 38 streitig; vgl. einerseits die Ausdehnung b. Dernburg, Preufs. P.R. I § 342 Z. 1, H.R. II 58 ff., 236 ff. andererseits die Einschränkung b. Förster-Eccius § 199 b und die vermittelnde Ansicht von Rudolph, Arch. f. c. Pr. LXVII 275; dazu R.Ger. XXX Nr. 80, XXXVI Nr. 72. Für das meckl. R. vgl. v. Meibom § 23 Anm. 25 u. 27 ff. u. § 30 Anm. 19. — Der Schutz des dritten Erwerbers ist bei der Grundschuld und bei der Hypothek derselbe; dagegen schützte das preufs. R. bei der Hypothek nur den unentgeltlichen, bei der Grundschuld auch den entgeltlichen Erwerb; Dernburg, H.R. II 246.

[21] Die Ausnahme nach § 1164 fällt weg.

[22] Vgl. oben § 161 I. Die älteren Grundschulden sind, da der Brief bei ihnen obligatorisch war, Briefgrundschulden geworden. Anders nur Hamb. A.G. § 49.

Digitized by Google

brief steht hinsichtlich seiner rechtlichen Natur und seiner Bedeutung für den Erwerb, die Übertragung und die Geltendmachung des dinglichen Rechts dem Hypothekenbrief gleich[23].

Doch ist die Ausstellung von Grundschuldbriefen auf den Inhaber zulässig. Erforderlich hierzu ist die staatliche Genehmigung und die Bestellung der Grundschuld als Inhabergrundschuld[24]. Handelt es sich um eine in Teilgrundschulden zerlegte Gesamtgrundschuld, so mufs über jeden Teil ein besonderer Grundschuldbrief erteilt werden[25]. Der Grundschuldbrief auf den Inhaber ist ein rein sachenrechtliches Wertpapier und unterscheidet sich hierdurch von der Schuldverschreibung auf den Inhaber, auf der die Bestellung einer Sicherungshypothek für die Forderung vermerkt ist. Doch finden auf den Inhabergrundschuldbrief die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung[26]. Demgemäfs können mit einem solchen

---

[23] Es gilt daher alles in § 161 II—V Gesagte mit der Mafsgabe, dafs an Stelle der Forderung nur das dingliche Gläubigerrecht im Brief verkörpert und Gegenstand des Erwerbes, der Übertragung und der Geltendmachung ist, demgemäfs auch B.G.B. § 1161 u. § 1167 unanwendbar sind. Auch die grundbuchrechtlichen Vorschriften über Hypothekenbriefe finden nach Grdb.O. § 70 Abs. 1 entsprechende Anwendung; natürlich mufs dieser Brief sich als „Grundschuldbrief" bezeichnen und kann nicht mit einer Schuldurkunde verbunden werden. — Die Grundschuldbriefe des bisherigen Rechts und die mecklenburgischen Hypothekenscheine sind zu Grundschuldbriefen des neuen Rechts geworden; E.G. Art. 195. Damit ist der selbständige öffentliche Glaube der preufsischen Grundschuldbriefe (oben § 161 S. 889 Anm. 7) weggefallen. Die nach Preufs. E.E.G. § 39 zulässigen Zinsquittungsscheine dürfen nicht mehr ausgegeben werden. Eine Blankoabtretung, die unter der Herrschaft des neuen Rechts erfolgt, ist unwirksam. Dagegen behält eine frühere Blankoabtretung die ihr vom bisherigen Recht gewährte Kraft (oben § 161 S. 891 Anm. 19), bleibt daher auch ausfüllbar und legitimiert zum Grundbuch; Dernburg, B.R. § 26 II, Biermann zu § 1192 Bem. 1. Anders die herrschende Meinung, nach der die nachträgliche Ausfüllung unzulässig und der Nachweis früherer Ausfüllung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde (vgl. Preufs. A.G. Art. 34) erforderlich sein, dem Briefinhaber aber gegen den Blankozedenten oder dessen Erben ein Anspruch auf gehörige Umschreibungsbewilligung, wie ihn die Meckl. A.V. § 200 (198) ausdrücklich gewähren, zustehen soll; Habicht 3. Aufl. S. 503 Anm. 2, Niedner zu E.G. Art. 195 Bem. 1c, K.Ger. (Jahrbuch des deut. R. I 708 zu § 1191 Nr. 3).

[24] B.G.B. § 1195 mit § 795; oben Anm. 10. Vgl. M. Fischer, Arch. f. b. R. XIV 338 ff.; Jacobi, Wertpapiere S. 339; Biermann zu § 1195. Für die staatliche Genehmigung K.Ger. b. Seuff. LVI Nr. 28 (gegen Dernburg § 246 I 3b und Fuchs I 661).

[25] Grdb.O. § 70. Doch genügt nach B.G.B. § 793 mechanische Vervielfältigung der Unterschriften.

[26] Somit Erwerb auch ohne Übergabe (gemäfs B.G.B. § 794), Übertragung.

Digitized by Google

Brief auch Zinsscheine und Erneuerungsscheine ausgegeben werden[27]. Die Bestellung eines Treuhänders ist in gleicher Weise wie bei der Inhaberhypothek möglich[28].

V. Buchgrundschuld. Die Erteilung eines Briefes kann bei der Grundschuld auf demselben Wege, wie bei der Hypothek, ausgeschlossen werden. Auch ist die Umwandlung einer Briefgrundschuld in eine Buchgrundschuld oder umgekehrt möglich. Für die Buchgrundschuld gelten entsprechende Rechtssätze, wie für die Buchhypothek. Doch fällt natürlich das bei dieser gewährte Mittel zur Erhaltung der Einrede des nicht empfangenen Geldes hier weg.

§ 165. Die Rentenschuld[1].

I. Begriff und Wesen. Die Rentenschuld ist eine Grundschuld, die auf Zahlung einer Grundrente in regelmäfsig wiederkehrenden Terminen gerichtet ist, mit einem bestimmten Betrage aber abgelöst werden kann[2]. Sie müfste, da auch eine persönliche Schuld oder eine dingliche Schuld aus einer Reallast „Rentenschuld" sein kann, eigentlich „Rentengrundschuld" heifsen.

Ihrem Wesen nach ist sie eine besondere Art der Grundschuld und somit ein Grundpfandrecht. Sie ähnelt freilich stark einer ablöslichen Reallast. Allein der primäre Bestandteil der Sachbelastung ist bei ihr nicht, wie bei der Reallast, die dingliche Schuld, sondern die Sachhaftung. Darum entspringt der dinglichen Schuld hier nicht im Zweifel eine persönliche Schuld des Eigentümers. Vielmehr ist diese durch Sachhaftung vermittelte Schuld notwendig rein dinglicher Art. Mit den übrigen Grundpfandrechten teilt die Rentenschuld den wertrechtlichen Bau, mit der Grundschuld die abstrakte Natur. Sie ist unverwendbar, wenn ein dingliches Rentenrecht als Realrecht mit einem Grundstück verbunden, von einem Rechtsgrunde abhängig gemacht oder ganz oder teilweise der Ablösung entzogen werden soll. Dagegen ist sie die

---

Belastung und Pfändung wie bei anderen Inhaberpapieren, Legitimation durch blofse Inhabung (auch gegenüber dem Grundbuchamt), Leistungspflicht nur gegen Aushändigung (§ 797), Umschreibung auf Namen nach § 806.

[27] Gemäfs B.G.B. § 801 ff.

[28] Vgl. oben § 163 S. 904 ff.

[1] Hachenburg, Vortr. S. 576 ff.; Cosack § 222 I 2 a β; Endemann § 133; Dernburg, B.R. § 247; H. Lehmann, B.R. II 334 ff.; Biermann, Kober, Fuchs, Planck, Turnau-Förster zu B.G.B. § 1199—1203.

[2] B.G.B. § 1199.

Digitized by Google

einzige Form, in der ein vollkommen verkehrsfähiges dingliches Rentenrecht geschaffen werden kann.

II. Begründung. Die Rentenschuld entsteht durch dingliches Rechtsgeschäft und Eintragung. Das dingliche Rechtsgeschäft fordert regelmäfsig die Einigung des Eigentümers und des Gläubigers. Zur Bestellung einer Eigentümerrentenschuld und einer Inhaberrentenschuld ist die einseitige Erklärung des Eigentümers ausreichend.

Wesentliches Erfordernis ist die Festsetzung und Eintragung einer Ablösungssumme[3]. Die Bestimmnng ihrer Höhe ist freiem Belieben überlassen. Sie mufs aber auf einen festen Betrag lauten[4]. Darum ist die Rentenschuld in ihrer regelmäfsigen Form auf eine ewige Rente angelegt. An sich aber kann, da jede Grundschuld eine Bedingung oder Befristung verträgt, auch eine betagte Rente oder eine Leibrente als Rentenschuld eingetragen werden[5]. Ebenso steht nichts im Wege, eine Tilgungsrente in der Weise als Rentenschuld zu bestellen, dafs den Rentenzahlungen in bestimmtem Umfange die Bedeutung einer Teilzahlung der Ablösungssumme beigelegt und damit die allmähliche Umwandlung der Gläubigerrentenschuld in ein Eigentümergrundpfandrecht bewirkt wird[6].

---

[3] B.G.B. § 1199 Abs. 2. Ist dies unterblieben, so kann unter Umständen die Bestellung der Rentenschuld als Bestellung einer Reallast aufrecht erhalten werden; Biermann zu § 1199 Bem. 2, Planck Bem. 3, Turnau-Förster Bem. 4.

[4] Dagegen nehmen Turnau-Förster zu § 1199 Bem. 4, Fuchs Bem. 4aa, Kober Bem. 3a an, dafs der Betrag der Ablösungssumme je nach der Zeit oder dem Grunde der Ablösung verschieden bestimmt werden könne. Eine derartige Rentenschuld aber mit schwankender Belastungsgrenze hat schon mit Rücksicht auf das Eigentümergrundpfandrecht im Grundpfandrechtssystem des B.G.B. nicht Platz!

[5] Biermann zu § 1199 Bem. 1, Kober Bem. 3a, Planck Bem. 2; a. M. Fuchs Bem. 3a, Lehmann S. 334. Dabei ist die feste Ablösungssumme für den Gläubiger ungefährlich. Anders für den Eigentümer. Doch kann diesem der allmähliche Erwerb der Rentenschuld und damit die Möglichkeit der Ablösung mit einem Teilbetrage dadurch gesichert werden, dafs sich der Gläubiger zu sukzessivem Teilverzicht verpflichtet (§ 1168).

[6] Vgl. Kretzschmer, Einführung I 431 ff. — A. M. K.Ger. Jahrb. XX S. A 212, Rechtspr. d. O.L.G. I 191, Planck zu § 1199 Bem. 2, Biermann Bem. 1, Fuchs Bem. 3a, Kober Bem. 3b, Dernburg § 247 Anm. 3. Es soll darin eine nach § 1201 Abs. 2 unzulässige Einräumung des Ablösungsrechtes an den Gläubiger liegen. Aber „das Recht, die Ablösung zu verlangen“, ist damit dem Gläubiger nicht gewährt und in dem Recht auf die Rente nicht schon deshalb enthalten, weil die Rentenzahlung Ablösungswirkung hat. Das Bedenken aus § 1201 Abs. 2 ist rein formalistischer Art

Digitized by Google

Eine Rentenschuld kann auch durch Umwandlung einer gewöhnlichen Grundschuld entstehen oder in eine gewöhnliche Grundschuld umgewandelt werden[7]. Die Umwandlung einer Reallast in eine Rentenschuld kann durch Gesetz erfolgen[8].

III. Rechtsverhältnisse. Auf die Rentenschuld finden die Vorschriften für die Grundschuld in der Weise entsprechende Anwendung, dafs die einzelnen Leistungen den Grundschuldzinsen, die Ablösungssumme dem Grundschuldkapital gleichstehen.

Die einzelnen Renten werden also, obschon sie den Hauptinhalt der dinglichen Schuld bilden, hinsichtlich der Übertragung, der Geltendmachung und der Wirkungen der Befriedigung wie Zinsen einer Kapitalschuld behandelt[9]. Von fälligen Renten laufen keine Verzugszinsen. Der Gläubiger kann aber wegen jeder fälligen Rente sofort die Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung suchen. Ein Kündigungsrecht wegen Säumnis des Rentenschuldners kann ihm nicht eingeräumt werden[10].

Die Ablösungssumme lastet auf dem Grundstücke nach Art einer aufschiebend bedingten Kapitalgrundschuld. Die Bedingung tritt ein, wenn das Ablösungsrecht ausgeübt wird. Das Ablösungsrecht steht dem Eigentümer zu, der es aber erst nach vorgängiger Kündigung mit sechsmonatiger Kündigungsfrist ausüben kann. Die Kündigungsfrist kann anders bestimmt werden. Eine Beschränkung des Kündigungsrechtes ist nur insoweit zulässig, dafs dem Eigentümer die Kündigung mit sechsmonatiger Frist nach dreifsig Jahren oder der landesgesetzlich bestimmten kürzeren

---

und verkehrt den Sinn des Gesetzes. Auch ließe sich der Erfolg einer Tilgungsrente auf dem Wege der Verpflichtung des Gläubigers zu sukzessivem Verzicht erreichen (oben Anm. 5). Fuchs und Kober müssen überdies eine Tilgungsrente in der Weise zulassen, daß die Ablösungssumme auf einen mit den Jahren schwindenden Betrag festgesetzt würde (oben Anm. 4). Dies hätte aber für den Eigentümer den Nachteil, daß auch seine Anwartschaft auf das Eigentümergrundpfandrecht zusammenschrumpfte.

[7] B.G.B. § 1203. Damit ist nach § 1198 zugleich die Umwandelung aus und in Hypothek ermöglicht. Vgl. Grdb.O. § 65.

[8] Sie ist durch Bayr. Üb.G. Art. 47 hinsichtlich des Ewiggeldes vollzogen. Das Hamb. A.G. § 50 läfst die Umwandelung der Rentenposten in Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld zu.

[9] Vgl. oben § 159 S. 869 Anm. 45, S. 870 Anm. 49, S. 871 Anm. 51, S. 875 Anm. 68. Die Befriedigung bewirkt keine Sukzession des Eigentümers. Die Ansprüche verjähren in 4 Jahren; B.G.B. § 902. — Unanwendbar ist § 1119 Abs. 1; vgl. oben § 159 S. 868 Anm. 36.

[10] Doch erzielt er die Fälligkeit der Ablösungssumme durch Betreiben der Zwangsversteigerung.

Digitized by Google

Zeit offen bleibt. Dadurch wird freilich nicht gehindert, dafs durch Festsetzung einer unverhältnismäfsig hohen Ablösungssumme die Kündigung tatsächlich für immer untunlich gemacht wird. Ist die Kündigung erfolgt und die Kündigungsfrist abgelaufen, so kann der Gläubiger auch seinerseits die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke verlangen und im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen. Dasselbe Recht hat er, wenn durch Verschlechterung des Grundstücks seine Sicherheit gefährdet ist und keine Abhülfe erfolgt. Dagegen kann ihm im übrigen das Recht, die Ablösungssumme zu verlangen, nicht eingeräumt werden [11]. Mit der Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke erlischt die Rentenschuld. Eine sonstige Zahlung der Ablösungssumme an den Gläubiger wirkt wie die Zahlung des Kapitals einer Grundschuld. Die Rentenschuld geht also auf den zahlenden Eigentümer oder, wenn ein dritter Lösungsberechtigter zahlt, auf diesen über [12].

IV. Briefrentenschuld. Die Rentenschuld ist regelmäfsig Briefrentenschuld. Der Rentenschuldbrief mufs auch die Ablösungssumme angeben [13]. Im übrigen steht er dem Grundschuldbriefe gleich.

Insbesondere sind auch Rentenschuldbriefe auf den Inhaber zulässig. Doch dürfen auch sie nur mit staatlicher Genehmigung ausgegeben werden. Der Inhaberrentenschuldbrief verkörpert das dingliche Rentenrecht im Ganzen einschliefslich des bedingten Rechts auf die Ablösungssumme. Es ist aber zulässig, die Rechte auf die einzelnen fälligen Renten in besonderen Rentenscheinen, die dann den Zinsscheinen bei einer Inhabergrundschuld gleichstehen, zu verbriefen [14].

V. Buchrentenschuld. Eine Rentenschuld kann auch als

---

[11] B.G.B. § 1201—1202; oben § 157 S. 850 Anm. 49—50.

[12] B.G.B. § 1200 Abs. 2. — Der Eigentümer erwirbt die Rentenschuld als Rentenschuld und kann sie als solche weitergeben. Vgl. Hachenburg S. 578, Planck Bem. 2, Turnau-Förter Bem. 2, Fuchs Bem. 12, jetzt auch Biermann zu § 1200. Dagegen nehmen Endemann § 133 Anm. 13 u. Maenner § 69 u. § 70 a. E. an, die Rentenschuld werde in Höhe der Ablösungssumme zur Grundschuld. Ebenso Biermann 1. Aufl. Diese Grundschuld wäre zinslos. Der Eigentümer mufs aber selbstverständlich im Falle der Zwangsverwaltung die Renten nach § 1197 Abs. 2 gemäfs § 1200 Abs. 1 beziehen; vgl. unten S. 931.

[13] Grdb.O. § 70 Abs. 1 S. 5.

[14] Die Rentenscheine werden im B.G.B. § 801 Abs. 2—3, § 804, § 805 erwähnt.

Digitized by Google

Buchrentenschuld bestellt oder in eine Buchrentenschuld umgewandelt werden.

§ 166. Die Eigentümergrundpfandrechte[1].

I. Überhaupt. Im Zusammenhange mit der Selbständigkeit der Hypothek und infolge ihrer wertrechtlichen Ausgestaltung hat sich auf deutschrechtlicher Grundlage das Rechtsinstitut des Eigentümergrundpfandrechtes entwickelt[2]. Zunächst brach sich die Eigentümerhypothek in den Fällen einer Vereinigung von Hypothek und Eigentum durch Erbgang oder rechtsgeschäftlichen Erwerb als Ausnahme von der zerstörenden Wirkung der Vereinigung Bahn[3]. Sodann drang der Satz durch, dafs im Falle der

---

[1] Vgl. v. d. Hagen, Die Hypothek des Eigentümers, Arnsberg 1836. Jhering, Jahrb. f. D. X 387 ff. Bähr, ebenda XI 93 ff. v. Bar, Arch. f. c. Pr. LIII 56 ff. Bremer (oben § 158 Anm. 1) S. 46 ff., 76 ff. Buchka, Die Hypothek des Eigentümers, Wismar 1875. Kühnast a. a. O. (oben § 158 Anm. 1) S. 29 ff. Hartmann, Rechte an der eignen Sache, 1877, S. 38 ff. Roth, Arch f. c. Pr. LXXII 113 ff., D.P.R. § 316 B. Stobbe-Lehmann § 148 Z. 13. — Dernburg, Preufs. H.R. II § 39. Förster-Eccius III § 200. Schollmeyer, Die Hypothek des Eigentümers nach den Ges. v. 5. Mai 1872, Halle 1874. — Siegmann, Sächs. H.R. S. 135 ff. — v. Meibom, Meckl. H.R. S. 150 ff. — Exner, Östr. H.R. S. 654 ff., 660 ff. Krasnopolski, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XI 43 ff. — Huber, Schweiz. P.R. III 499 ff., IV 800, 804, 808; dazu die oben § 155 Anm. 1 angef. Schriften von Planta S. 31 ff., 237 ff., Sidler S. 108 ff., Stadlin S. 180 ff. — Für das Recht des B.G.B. Komm. v. Biermann, Fuchs, Kober, Planck, Meisner, Turnau-Förster u. A. zu § 1163 ff. Hachenburg, Vortr. S. 510 ff. Endemann § 156, auch § 9. Cosack § 225. Dernburg III § 218 ff. H. Lehmann § 91, 110. v. Schwind (oben § 158 Anm. 1) S. 113 ff. J. Goldschmidt, Arch. f. b. R. XX 23 ff. Oberneck b. Gruchot XLVII 306 ff. Bruck, Eigentümerhypothek, 1903. Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek, 1903 (in der Festgabe für Koch S. 75 ff.). H. Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek, Arch. f. b. R. XXV 222 ff.

[2] Bemerkenswert ist, daß in der Schweiz sich gerade in Kantonen, in denen das Gültrecht die Grundlage blieb, die Eigentümerhypothek originär entwickelt hat; vgl. Huber IV 808, Planta S. 173 ff. (Schwyz), 190 ff. (Nidwalden), 208 ff. (Luzern), Sidler S. 108 ff., Stadlin S. 180 ff. — Über die römischrechtliche Eigentümerhypothek vgl. Büchel, Civilrechtl. Erört. I 2 (1833) S. 85 ff., Dernburg, Pfandr. II § 371, Windscheid-Kipp § 248 Z. 4 und die dort Anm. 25 a angef. weitere Literatur. Die Anknüpfung einzelner Hypothekengesetze, wie Württ. Art. 108—109, 120, 159, Hess. Art. 98, 142, an das römische Recht ist unverkennbar; vgl. Roth § 316 B I. Allein die moderne Eigentümerhypothek ist mit dem römischen Pfandrechtsbegriff unvereinbar und kann nicht aus der Weiterbildung des römischen Rechts erklärt werden.

[3] So nach dem als Anh. § 52 in das Preufs. A. L.R. aufgenommenen

Digitized by Google

Befriedigung durch den Eigentümer die Hypothek nicht erlösche, sondern auf den Eigentümer übergehe[4]. Dabei suchte man den akzessorischen Charakter der Hypothek auch in der Hand des Eigentümers dadurch zu retten, dafs man, falls der Eigentümer der persönliche Schuldner war, annahm, auch die persönliche Schuld sei nicht erloschen, sondern ruhe nur[5]. Mehr und mehr indes wurde die Möglichkeit des Fortbestandes der Hypothek als Eigentümerhypothek trotz Erlöschens der Forderung anerkannt[6]. Auch trat die Eigentümerhypothek aus dem Versteck, in dem sie ursprünglich gehalten wurde, an die Öffentlichkeit und wurde fähig, formell im Grundbuch zu erscheinen[7]. Allgemein wurde die Umwandlung der selbständigen Hypothek oder Grundschuld in ein Eigentümergrundpfandrecht, dem hier die Forderung keine Schwierigkeit bereitete, zugelassen[8]. Hier zuerst wurde auch die Möglichkeit geschaffen, ein Grundpfandrecht von vornherein für den Eigentümer zu begründen[9]. Mit der fortschreitenden Ver-

---

Reskr. v. 11. Aug. 1802; ebenso E.E.G. § 65—66. Ferner nach Sächs. G. v. 1843 u. Sächs. Gb. § 443. Ebenso Altenb. § 121, beide Reufs § 120.

[4] Preufs. Deklar. v. 3. Apr. 1824 u. E.E.G. § 63; vgl. Dernburg, H.R. II 289 ff. Sächs. G. v. 1843 § 116 ff. u. Gb. § 442. Nach Altenb. H.O. § 119—120 u. beiden Reufs § 118—119 kann der Eigentümer nur die Cession verlangen.

[5] So namentlich die preufs. Praxis, die das Wiederwirksamwerden der alten persönlichen Schuldforderung mit dem Wegfall der Subjektsidentität annahm; R.Ger. VII Nr. 64 mit den S. 219 zusammengestellten zahlreichen Entsch. des O.Trib.; Bornemann, Syst. IV 254; Förster-Eccius § 200; Bahlmann S. 213; Turnau, Grundbuchordn. S. 541. Ebenso überwiegend die sächs. Praxis; Roth, Hyp. Succ. S. 148, D.P.R. § 316 Anm. 91 u. 96.

[6] Zum Teil griff man zur Lokustheorie, nahm also nur eine offene Stelle an; so v. d. Hagen S. 229 ff., für das preufs. R. die ältere Lehre, vgl. Bornemann a. a. O. S. 248 ff., für das sächs. R. Siegmann § 36—37. Seit Einführung der Grundschuld konnte man in Preußen, wie Koch zu Preufs. A. L.R. Anh. § 52 schon früher getan hatte, die Umwandelung in ein selbständiges Grundpfandrecht ohne Forderung annehmen; so Dernburg, Preufs. P.R. I § 337, H.R. II 296 ff., Achilles zu E.E.G. § 64, Buchka S. 115—116.

[7] Umschreibung auf den Namen des Eigentümers schon nach Sächs. G. v. 1843 u. Gb. § 442, sowie nach den in Anm. 4 angef. thür. Ges.; in Preufsen erst seit E.E.G. § 64.

[8] Meckl. H.O. f. Landg. v. 1848 § 16—17, Stadtb.O. § 21, v. Meibom § 35 Anm. 12—17; Lüb. G. v. 1868 § 35, H.O. v. 1880 § 41; Hamb. H.O. § 35. — Schweiz. Ges. oben Anm. 2.

[9] Meckl. H.O. v. 1848 § 16 u. weitere H.O. b. v. Meibom S. 128 u. 154; Lüb. G. v. 1868 § 3, H.O. § 41; Hamb. H.O. § 35; Neuvorpomm. H.O. § 81; Preufs. E.E.G. § 27 für die Grundschuld.

Digitized by Google

allgemeinerung des Eigentümergrundpfandrechtes wurde zugleich seine Wirksamkeit gesteigert[10]. So erhob sich das Eigentümergrundpfandrecht zu einem wesentlichen Stück des modernen Systems[11].

Das B.G.B. hat die Entwicklung vollendet. Das Eigentümergrundpfandrecht ist ihm eine allgemeingültige und für den Bau des gesamten Grundpfandrechts grundlegende Rechtseinrichtung. Jede Art des Grundpfandrechtes mit Einschlufs der Sicherungshypothek wird davon ergriffen. Nur bei älteren Pfandrechten, die als Grundpfandrechte des neuen Rechtes fortbestehen, kann durch Landesgesetz die Eigentümerhypothek insoweit ausgeschlossen werden, dafs schon bestehenden gleich- oder nachstehenden Pfandrechten die Aussicht auf Nachrücken in dem Umfange, in dem sie ihnen das bisherige Recht gewährte, erhalten bleibt[12].

II. Wesen. Das Eigentümergrundpfandrecht ist der ausgeprägteste Typus der dinglichen Rechte an der eignen Sache. Bei ihm vor allem ist der Streit über das Wesen derartiger Rechte entbrannt. Steht dem Eigentümer neben dem Eigentum ein besonderes Recht an der Sache zu? Dann ist das Eigentum nicht mehr das die Sache im Ganzen ergreifende Recht, in dem alle

---

[10] Besonders durch Erstreckung des Rechtes des Eigentümers oder seiner Konkursmasse auf den Erlös im Falle der Zwangsvollstreckung in das Grundstück; Preufs. O.Tr. Entsch. XII 66, E.E.G. § 27, R.Ger. XIX Nr. 13, Neuvorpomm. H.O. § 138; Hamb. H.O. § 35; vgl. Stobbe-Lehmann § 148 Anm. 92. — Anders nach Sächs. G. v. 1843 § 120 u. Gb. § 444, Meckl. R. b. v. Meibom S. 152, 224 ff., 267 ff., Buchka S. 106 ff.; vgl. auch Schweiz. Entw. § 804 oben § 158 Anm. 27.

[11] Unbekannt blieb es, wo statt seiner das System der offenen Stellen durchgeführt war; oben § 158 S. 858 Anm. 27, Planta S. 251 ff. Das Bayr. H.G. kannte keine Eigentümerhypothek, ersetzte sie aber durch das Recht des Eigentümers auf Erneuerung der Hypothek an der alten Stelle im Falle des Erlöschens ohne Löschung (§ 84) und die Befugnis des Stellenvorbehalts (§ 62); Regelsberger § 60—62. Andere Hypothekengesetze erkannten die Eigentümerhypothek nur ausnahmsweise in einzelnen Fällen an. Auch dem französ. R. ist sie grundsätzlich fremd; Puchelt § 11, R.Ger. XVI Nr. 66. (Ein Genfer Ges. v. 31. Jan. 1857, das sie eingeführt hat, b. Huber III 500 ff.) Ebenso dem österr. R.; Exner S. 654 ff., 660 ff., Krasnopolski a. a. O.

[12] E.G. Art. 194. So Meining. A.G. Art. 19 § 4, Rudolst. Art. 107; mit gewissen Ausnahmen Württ. A.G. Art. 215, Hess. G. betr. Anlegung des Grundbuchs Art. 25, 28; für den Fall, daß der Eigentümer auf sein Erneuerungsrecht (oben Anm. 11) verzichtet hat, Bayr. Üb.G. Art. 59. Vgl. Habicht S. 485 ff., Niedner S. 413. — Die Wirkung bestimmt sich nach B.G.B. § 1179; vgl. unten S. 934 Anm. 60.

Digitized by Google

Sachherrschaft, die den Stoff begrenzter dinglicher Rechte bilden kann, begrifflich enthalten ist[13]. Handelt es sich also nur um einen Teilinhalt des Eigentums? Dann ist das Eigentümergrundpfandrecht überhaupt kein besonderes Recht oder mindestens kein Grundpfandrecht[14].

Die Lösung der Schwierigkeit liegt in der Unterscheidung der subjektiven und der objektiven Seite der Rechtsverhältnisse. Das Eigentümergrundpfandrecht ist seinem subjektiven Bestande nach lediglich Eigentumsbestandteil, aber es ist seinem objektiven Bestande nach in Gestalt eines begrenzten dinglichen Rechtes verselbständigt.

Als subjektives Rechtsverhältnis hat das Pfandrecht an eigner Sache keinen dem Eigentum gegenüber selbständigen Bestand. Es gewährt dem Eigentümer keine Sachherrschaft, die nicht im Eigentum enthalten wäre. Dem Eigentümer können die Befugnisse, die ein begrenztes dingliches Recht gegen den Eigentümer begründet, nicht gegen sich selbst zustehen. Dritten gegenüber erlangt er keine sachenrechtliche Macht, die er nicht auch als Eigentümer hätte. In Ansehung des subjektiven Rechtsverhältnisses besagt also das Eigentümergrundpfandrecht nicht, dafs eine Be-

---

[13] In der Tat nehmen diejenigen, die nach dem Vorgange von Hartmann a. a. O. auch heute dem Eigentümer ein besonderes dingliches Recht neben dem Eigentum zuschreiben, wie Jacubetzki, Bemerk. S. 212, Planck zu § 889 Bem. 2, Fuchs S. 140 Bem. 5, S. 520 Bem. a, Endemann § 9, einen im Eigentum nicht enthaltenen Rechtsinhalt an. Wenn sie aber hierfür anführen, dafs, während das Eigentum begrifflich hinter allen begrenzten dinglichen Rechten zurücksteht, das dingliche Recht an eigner Sache einen Vorrang gewährt, so ist dagegen zu bemerken, dafs ein Rangverhältnis kein Rechtsinhalt ist.

[14] Demgemäfs wollen Manche nach dem Vorgange von Jhering, Jahrb. f. D. X 397 ff., auch heute nur von einer passiven Gebundenheit der Sache reden. Hachenburg, Vortr. S. 523 ff., spricht sogar von einem subjektlosen Recht. Andere erklären das Eigentümergrundpfandrecht für ein blofs aus technischen Gründen falsch bezeichnetes Recht aus dem Eigentum; so J. Goldschmidt a. a. O. S. 29 ff., Kindel S. 79 ff. Sehr verbreitet ist die Auffassung des Eigentümergrundpfandrechts als der aus dem Eigentum fließenden Befugnis zur Verfügung über einen Wertteil; Oberneck a. a. O. S. 311. Kober zu § 1177 Bem. 3; ähnlich auch Bruck S. 134 ff. H. Hirsch S. 228 ff. definiert es als „die zu einem bestimmten Teil und Rang im Grundbuch verlautbarte Surrogationsbefugnis des Eigentümers“. Dernburg § 209 Z. 3 hält die Unterstellung unter den Pfandrechtsbegriff deshalb für möglich, weil auch hier eine Haftung für ein Leistensollen, aber nur für ein eventuelles Leistensollen, begründet sei; ähnlich Puntschart S. 64.

Digitized by Google

schränkung des Eigentums besteht, sondern, dafs eine bestimmte Beschränkung des Eigentums nicht besteht[15].

Dagegen ist der objektive Bestand eines vom Eigentum getrennten besonderen Rechtes am Grundstücke gegeben. Der für ein Grundpfandrecht erforderliche Inhalt ist aus dem Eigentumsinhalt herausgehoben und als selbständiger Vermögensgegenstand konstituiert. Durch die Grundbucheinrichtung wird dieser rechtliche Sachzustand für Jedermann ersichtlich gemacht und mit dinglicher Kraft begabt. So hat der Eigentümer einen abgesonderten Teil seines Grundvermögens in Pfandrechtsgestalt inne. Er kann über diesen Teil in der Form der Pfandrechtsübertragung verfügen, während eine Verfügung über das Grundstückseigentum sich auf diesen Teil nicht erstreckt[16]. Ihm gebührt, wenn es zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück kommt, der durch sein Pfandrecht ausgeschiedene Wertteil[17]. Eine dingliche Schuld des Eigentümers gegen sich selbst besteht nicht. Allein es ist ein objektives Verhältnis hergestellt, kraft dessen das Grundstück mit einer Schuldträgerschaft belastet und die entsprechende Rechtsträgerschaft mit dem ausgeschiedenen Wertteil verknüpft ist. Wie bei einem in das Eigentum des Schuldners gelangten Inhaberpapier durch die Verkörperung im Papier, so wird hier durch die buchmäfsige Vergegenständlichung einem objektiven Schuldverhältnisse Wirksamkeit verschafft, während das subjektive Schuldverhältnis ruht[18]. In ähnlicher Weise ist das Haftungsverhältnis, obschon eine Sache ihrem Eigentümer nicht haften kann, seiner zuständlichen Seite nach vorhanden. So vermag das Eigentümergrundpfandrecht alle diejenigen, aber auch nur diejenigen Wirkungen eines Grundpfandrechtes zu äufsern, die ein subjektives Rechtsverhältnis nicht voraussetzen. Und es ist befähigt, sich ohne weiteres zu einem vollwirksamen Grundpfandrecht zu entfalten, sobald die Subjekte sich zweien.

---

[15] Insoweit unterscheidet es sich nicht von einer für den Eigentümer offenen Pfandstelle; vgl. oben § 158 S. 858 Anm. 27.

[16] Vgl. unten VI 2 S. 934. Daher umfafst auch das Vermächtnis eines Grundstücks nicht die Eigentümerhypothek; R.Ger. XXIII Nr. 40.

[17] Diese Folgerung wird freilich in manchen Gesetzen abgelehnt, oben Anm. 10. Grundsätzlich verwirft sie Kindel S. 85 ff., der sie auch für das Recht des B.G.B. nur beschränkt durchführen will.

[18] Der Bucheintrag vermag aber, ungleich dem Inhaberpapier, nur ein dingliches Schuldverhältnis zu tragen. Die persönliche Schuld des Eigentümers ruht nicht, sondern fehlt. Für die gegenteilige Annahme ist kein Raum mehr.

Digitized by Google

III. Arten. Das Eigentümergrundpfandrecht ist entweder Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld.

1. Es ist Eigentümerhypothek, wenn es mit einer Forderung verbunden ist[19]. Dies kann nur vorkommen, wenn bei einer Hypothek ein Anderer als der Eigentümer der persönliche Schuldner ist oder die Forderung durch Vereinigung mit der Schuld in der Person des Eigentümers nicht erlischt. Die Eigentümerhypothek kann Brief- oder Buchhypothek, sie kann auch Sicherungshypothek sein.

2. Besteht ein Eigentümergrundpfandrecht ohne Forderung, so ist es Eigentümergrundschuld. Dies ist stets der Fall, wenn eine Grundschuld für den Eigentümer entstanden oder auf ihn übergegangen ist. Aber auch die Hypothek verwandelt sich in eine Grundschuld, sobald sie sich mit dem Eigentum in derselben Person vereinigt, ohne dafs dem Eigentümer auch die Forderung zusteht[20]. Doch bleiben für eine derartige Eigentümergrundschuld, mag die Forderung nur von der Hypothek getrennt oder mag sie erloschen sein, in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsortes die für die Forderung getroffenen Bestimmungen mafsgebend[21]. Die Eigentümergrundschuld kann Brief- oder Buchgrundschuld, sie kann auch Rentenschuld sein.

IV. Entstehung. Eigentümergrundpfandrechte entstehen

---

[19] Auch in diesem Falle kann freilich der Eigentümer nach § 1177 Abs. 2 aus seinem Eigentümergrundpfandrecht nur gleiche Rechte wie aus einer Grundschuld geltend machen. Allein begrifflich und formell bleibt es Hypothek. Die Umschreibung in eine Grundschuld kann nur erfolgen, wenn die Verbindung mit der Forderung gelöst wird.

[20] B.G.B. § 1177 Abs. 1 S. 1. Die kraft Gesetzes eintretende Umwandelung ist eine Änderung der dinglichen Rechtslage und macht das Grundbuch unrichtig, so lange die Buchung als „Hypothek" besteht. Man darf nicht der Umwandelung blofs formelle Bedeutung zuschreiben und eine „Eigentümerhypothek", die eine obschon unvollkommene „Hypothek" sei, annehmen; so Hachenburg S. 523 ff., Endemann S. 458 ff., Kober Bem. I 1. Somit ist auch die von Hachenburg eingeführte Unterscheidung zwischen „Eigentümerhypothek" und „Hypothek des Eigentümers" oder die Unterscheidung Dernburgs (S. 647) zwischen „forderungsentkleideter und forderungsbekleideter Eigentümerhypothek" überflüssig.

[21] B.G.B. § 1177 Abs. 1 S. 2. Da derartige Bestimmungen auch der als Grundschuld bestellten Grundschuld eignen, modifizieren sie in keiner Weise den reinen Grundschuldcharakter der ehemaligen Hypothek. Ihre Herkunft aus der Forderung ist juristisch unerheblich.

Digitized by Google

entweder ursprünglich oder durch Übergang eines Gläubigergrundpfandrechtes auf den Eigentümer[22].

1. Ursprünglich entsteht ein Eigentümergrundpfandrecht auf dreierlei Weise.

a. Durch ausdrückliche Bestellung entsteht eine Eigentümergrundschuld, wenn der Eigentümer eine Grundschuld oder Rentenschuld auf seinen Namen eintragen läfst[23].

b. Durch Bestellung einer Hypothek entsteht eine Eigentümergrundschuld, wenn die eingetragene Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist[24]. Ist daher die eingetragene Forderung (z. B. als wucherisch) nichtig oder erfolgreich (z. B. wegen Irrtums oder Betruges) angefochten oder als Darlehnsforderung wegen Nichtzahlung des Geldes nicht entstanden oder rührt sie aus einer unverbindlichen Spielschuld her, so steht die scheinbare Hypothek von Hause aus dem Eigentümer zurzeit der Eintragung als Eigentümergrundschuld zu[25]. Ebenso entsteht die

---

[22] Bestehende Eigentümerhypotheken älterer Herkunft sind mit Anlegung des Grundbuchs in Eigentümergrundpfandrechte des neuen Rechts übergegangen, und zwar, jenachdem mit der Hypothek eine Forderung verbunden geblieben war oder nicht, in eine Eigentümerhypothek (K.Ger. Jahrb. XXI S. A 160) oder Eigentümergrundschuld; Habicht S. 475, Niedner S. 405. Auch offene Pfandstellen sind zu Eigentümergrundschulden geworden; Habicht a. a. O. Anm. 1. — Dagegen kann eine Hypothek, die nach dem zur Zeit ihrer Eintragung geltenden Recht überhaupt nicht entstanden war, nicht nachträglich, weil sie nach neuem Recht als Eigentümergrundpfandrecht entstanden wäre, zum Eigentümergrundpfandrecht werden. Dies gilt insbesondere für eine Hypothek, die für eine nicht bestehende Forderung eingetragen war. Denn eine solche Hypothek kam nach bisherigem Recht nicht zur Entstehung; oben § 160 S. 878 Anm. 3. Vgl. Habicht S. 474, 477 Anm. 3, Niedner zu E.G. Art. 192 Bem. 4c, Planck Bem. 3, Dernburg § 220 Anm. 4; Seuff. LVI Nr. 152, K.Ger. Jahrb. XXI S. A 151. Doch nimmt das R.Ger. XLVIII Nr. 15 u. LI Nr. 90 an, daſs nicht valutierte Hypotheken des preuſs. R., weil sie immerhin nicht wirkungslos waren, zu Eigentümergrundschulden (und zwar des bei Anlegung des Grundbuchs vorhandenen Eigentümers) geworden seien. Ebenso Stranz-Gerhard S. 218, Turnau-Förster S. 690. Vermittelnd Fuchs S. 524.

[23] Oben § 164 II S. 911, § 165 II S. 916.

[24] B.G.B. § 1163 Abs. 1 S. 1. Ist die Forderung nur teilweise nicht entstanden, so gebührt dem Eigentümer ein entsprechender Teil der Hypothek als Eigentümergrundschuld.

[25] Das Grundbuch ist also unrichtig; der Eigentümer kann die Berichtigung verlangen (über seine Beweislast vgl. R.Ger. LVII Nr. 70) oder beliebig über den Posten verfügen. — Natürlich verliert er seine Eigentümergrundschuld, wenn vor der Berichtigung oder der Eintragung eines Widerspruchs ein redlicher Dritter die Hypothek erwirbt; oben § 160 S. 884 Anm. 27.

Digitized by Google

wegen einer künftigen oder aufschiebend bedingten Forderung eingetragene Hypothek zunächst als Eigentümergrundschuld[26]; allein diese Eigentümergrundschuld ist, solange die Entstehung der Forderung möglich oder die Bedingung in der Schwebe ist, zugunsten der anwartschaftlichen Gläubigerhypothek, für die sie den Platz offen hält, gebunden und geht nur dann, wenn die Nichtentstehung der Forderung gewifs wird oder die Bedingung ausfällt, in eine endgültige Eigentümergrundschuld über[27]. Das gleiche Verhältnis einer bis zur Erledigung des Schwebezustandes gebundenen Eigentümergrundschuld begegnet, wie schon gezeigt ist, bei der Höchstbetragshypothek[28].

Dagegen kommt, wenn der dingliche Vertrag fehlt oder nichtig ist oder durch Anfechtung nichtig wird oder nicht zur Wirksamkeit gelangt, durch die Eintragung einer Hypothek überhaupt keine Belastung des Grundstücks und somit auch keine Eigentümergrundschuld zur Entstehung[29]. Eine Grundschuld kann

---

[26] R.Ger. LI Nr. 10.

[27] Vorher ist das Grundbuch nicht unrichtig und ein Berichtigungsanspruch ausgeschlossen, die Eigentümergrundschuld auch jeder Verfügung des Eigentümers entzogen.

[28] Vgl. oben § 163 S. 908. Näheres über den rechtlichen Aufbau dieser von ihm unter dem Namen der „vorläufigen Eigentümerhypothek" zusammengefafsten Gebilde bei H. Hirsch a. a. O. 235 ff.

[29] Protok. III 603 ff.; Hachenburg, Beitr. S. 15 ff., Vortr. S. 530 ff.; Böhm S. 238; Cosack § 226 Anm. 15; Biermann zu § 1163 Bem. 6; Planck Bem. 2; Kober Bem. II 1 β; Turnau-Förster Bem. II 1. Allerdings kann die ungültig bestellte Hypothek durch nachträgliche Einigung konvaleszieren; Seuff. XLV Nr. 170. Auch kann sie auf Grund des öffentlichen Glaubens des Buchs für einen dritten redlichen Erwerber ins Leben treten; R.Ger. XXIII Nr. 58. Allein bis zur Heilung des Mangels ist sie eine blofse Scheinbelastung. Der Berichtigungsanspruch geht also nur auf Löschung. Nacheingetragene Gläubiger können Befriedigung an der nur scheinbar besetzten Stelle verlangen. — Dieses Ergebnis wird vielfach für unerträglich erklärt. Dernburg § 221 II 2 will die Vorschriften über Entstehung einer Eigentümergrundschuld mangels Entstehung der Forderung analog anwenden. K. Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs S. 31 ff., Oberneck § 109, Fuchs S. 520 ff., Kindel S. 101 ff. wollen unmittelbar aus dem B.G.B. die Entstehung der gehörig eingetragenen Hypothek als Eigentümergrundschuld herleiten. Am ehesten annehmbar ist die zuerst von Schilde durchgeführte Begründung, dafs in der Eintragung einer Hypothek stets zugleich die Eintragung eines eventuellen Eigentümergrundpfandrechts stecke, die nach § 1196 erforderliche Willenserklärung des Eigentümers aber entweder in einer etwaigen gültigen Eintragungsbewilligung schon vorliege oder gemäfs § 879 Abs. 2 nachgeholt werden könne. Doch scheitert sie daran, dafs die Eintragungsbewilligung doch eben auf etwas ganz anderes als Eintragung einer Grund-

Digitized by Google

daher, weil für ihre Entstehung lediglich das dingliche Rechtsgeschäft erheblich ist, niemals auf Grund eines rechtsgeschäftlichen Mangels als Eigentümergrundschuld entstehen[30]. Nur die Zwangs- oder Arresthypothek entsteht auch dann als Eigentümergrundschuld, wenn sich nach ihrer Eintragung die Voraussetzungen der Zwangs- oder Arrestvollstreckung als hinfällig erweisen oder erledigen, somit die sachenrechtliche Grundlage der Eintragung fehlt oder wegfällt[31].

c. Durch Bestellung eines Briefgrundpfandrechts entsteht, wenn nicht vor der Eintragung die Aushändigung des Briefes an den Gläubiger vereinbart ist, eine Eigentümergrundschuld, die erst mit der Übergabe des Briefes in ein Gläubigergrundpfandrecht übergeht[32]. Auch das als Hypothek eingetragene Briefgrundpfandrecht ist bis dahin Grundschuld, da die Forderung dem Eigentümer nicht zusteht und ihre Verbindung mit dem Grundpfandrecht noch nicht eingetreten ist. Solange das Briefgrundpfandrecht Eigentümergrundschuld ist, steht es sachenrechtlich zur alleinigen Verfügung des Eigentümers[33].

---

schuld für den Eigentümer gerichtet war und nicht in eine durchaus ungleichartige Erklärung konvertiert werden kann, die Eintragung aber durch einseitige Erklärung des Eigentümers nicht nachträglich einen ihr bisher fremden Inhalt zu empfangen vermag. Übrigens ist das Ergebnis keineswegs unfolgerichtig und nicht durchweg unangemessen. Vielmehr wäre es seltsam, wenn der Eigentümer den Erfolg, für den ihm der Weg des § 1196 eröffnet ist, stets auch durch Eintragung einer Hypothek auf den Namen eines fiktiven Gläubigers erzielen könnte. Auch ist nicht einzusehen, warum ein Nachgläubiger, der beim Erwerbe seiner Hypothek etwa weiß, daß eine voreingetragene Hypothek auf Grund eines Scheingeschäfts eingetragen oder von einem Geschäftsunfähigen bestellt war, hierauf nicht bauen dürfte. Man denke ferner an den Fall, daß eine Hypothek unter einer aufschiebenden Bedingung eingetragen ist, auf deren Ausfallen der Nachhypothekar rechnete.

[30] Dies finden Dernburg § 221 II 3 und Kindel S. 108 ff. besonders unerträglich. Sie übersehen, daß hier da, wo die Hypothek als Eigentümergrundschuld entsteht, regelmäßig (z. B. bei Wucher oder Spielschuld) nur ein Mangel der causa vorliegt, dann aber die Grundschuld entsteht und vom Eigentümer kondiziert werden kann; oben § 164 S. 910 Anm. 6.

[31] C.Pr.O. § 868, 932. Hieraus mit Kindel S. 103 Schlüsse auf den Fall der rechtsgeschäftlichen Bestellung zu ziehen, ist unzulässig.

[32] B.G.B. § 1163 Abs. 2, § 1192 Abs. 1; oben § 161 III S. 890 ff., § 164 IV S. 914. — Gleiches gilt für die Inhaber- oder Orderhypothek, solange das Papier im Eigentum des Eigentümers als Ausstellers steht.

[33] Unrichtig nimmt hier H. Hirsch S. 248 ff. eine gleichartige „vorläufige" Eigentümerhypothek, wie bei der Hypothek für eine künftige Forderung, an. Hier ist vielmehr das Grundbuch unrichtig; der Eigentümer hat einen

Digitized by Google

2. Durch Übergang auf den Eigentümer wird jedes bisherige Gläubigergrundpfandrecht zum Eigentümergrundpfandrecht.

a. Der Eigentümer kann zunächst aus den allgemeinen Erwerbsgründen das einem Anderen an seinem Grundstücke zustehende Grundpfandrecht in gleicher Weise, wie jeder Dritte, erwerben. So z. B. durch Erbgang, durch rechtsgeschäftliche Übertragung, durch gerichtliche Überweisung an Zahlungsstatt. Umgekehrt kann der Grundpfandgläubiger das Eigentum am Grundstück auf beliebigem Wege, z. B. durch Erbgang, durch Auflassung und Eintragung, durch Zuschlag, erlangen. In allen diesen Fällen entsteht ein Eigentümergrundpfandrecht. Handelt es sich um eine Hypothek, so wird sie Grundschuld, falls durch die Vereinigung die Forderung erlischt. Andernfalls bleibt sie Hypothek. So stets dann, wenn sich die Forderung gegen einen vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldner richtet. So aber auch bei persönlicher Schuldnerschaft des Eigentümers, wenn einer der Fälle vorliegt, in denen kraft erbrechtlicher Vorschriften die Forderung trotz der Vereinigung mit der Schuld nicht als erloschen gilt[84], oder wenn der Eigentümer das Eigentum an einem Inhaber- oder Orderpapier mit zugehöriger Sicherungshypothek erwirbt[85].

b. Jedes Grundpfandrecht geht durch Verzicht des Gläubigers von Rechts wegen auf den Eigentümer über[86]. Bei einem Teilverzicht entsteht ein Teilgrundpfandrecht des Eigentümers. Hat der Eigentümer eine zerstörliche Einrede gegen das Grundpfand-

---

Berichtigungsanspruch und kann verfügen. Nur bedarf er zur Berichtigung stets der Mitwirkung des eingetragenen Gläubigers; die Vorlegung des Briefes genügt nicht, da der Gläubiger nach § 1117 das Grundpfandrecht bereits erworben haben kann, wenn auch der Eigentümer den Brief in seiner Hand hat. Ebenso bedarf er zur grundbuchrechtlichen Verfügung, wenn auch vorherige Grundbuchberichtigung, wie sie Biermann zu § 1117 Bem. 2, Lehmann § 91 Z. 3, Planck zu § 1117 Bem. 4 a, Rechtspr. d. O.L.G. VII 221 verlangen, nicht erforderlich ist (vgl. K.Ger. XX S. A 190 u. öfter), der gehörigen Zustimmung des eingetragenen Gläubigers; Dernburg § 214 Z. 3, Fuchs zu § 1117 Bem. 7, K.Ger. XXII S. A 390, Seuff. LVI Nr. 250. Der eingetragene Gläubiger kann seine Mitwirkung zur Berichtigung oder Verfügung verweigern, wenn er einen persönlichen Anspruch auf Erwerb des Grundpfandrechts (oben § 161 S. 890 Anm. 14) nachweist.

[84] B.G.B. § 1976, 2143, 2175.

[85] Weil hier die Forderung selbst nur ruht, nicht erloschen ist.

[86] B.G.B. § 1168 Abs. 1. Über die Form des Verzichts oben § 159 S. 875.

Digitized by Google

recht, so kann er vom Gläubiger den Verzicht verlangen[37]. Ist das Grundpfandrecht, auf das Verzicht geleistet ist, eine Hypothek, so entsteht auch dann, wenn die Forderung des Gläubigers gegen den Eigentümer fortbesteht, eine Eigentümergrundschuld.

c. Jedes Grundpfandrecht wird vom Eigentümer durch Ablösung mittels Befriedigung des Gläubigers erworben. Der Befriedigung durch Zahlung steht die Befriedigung durch Hinterlegung oder Aufrechnung gleich. Die abgelöste Hypothek wird, wenn der Eigentümer persönlicher Schuldner war, zur Eigentümergrundschuld[38]. Sie bleibt dagegen Hypothek, wenn der Eigentümer, weil ein Anderer der persönliche Schuldner ist, zugleich die Forderung erwirbt[39]. Die Grundschuld wird durch Zahlung des Grundschuldkapitals zur Eigentümergrundschuld, die Rentenschuld durch Zahlung der Ablösungssumme zur Eigentümerrentenschuld[40]. Im Falle einer Teilbefriedigung entsteht ein Teilgrundpfandrecht des Eigentümers; erfolgt daher die Schuldtilgung durch regelmäſsige Zuschläge zu den Zinsen oder Renten (Amortisationsquoten), so erwirbt der Eigentümer mit jeder Zahlung einen entsprechenden Teil des Grundpfandrechtes[41].

d. Die Hypothek geht stets auf den Eigentümer über, wenn die Forderung erlischt und nicht ein Ausnahmefall vorliegt, in dem vielmehr ein vom Eigentümer verschiedener persönlicher Schuldner die Hypothek als Regreſshypothek erwirbt[42]. So also, abgesehen von den bereits erwähnten Fällen der Befriedigung des

---

[37] B.G.B. § 1169. Dahin gehört bei der Hypothek die Einrede der rechtskräftigen Abweisung der Forderung gegen den persönlichen Schuldner, aber auch (was Hachenburg, Vortr. S. 513 ff., übersieht) die hier auf den Weg der Einrede verwiesene Berufung auf Aufrechenbarkeit der Forderung (§ 1137). Nicht dagegen die Einrede der Verjährung. Bei der Grundschuld gewährt § 1169 namentlich einen Anspruch auf Verzicht wegen ungerechtfertigter Bereicherung; oben § 164 S. 910 Anm. 6.

[38] Dies folgt aus B.G.B. § 1163 Abs. 1 S. 1.

[39] Nach B.G.B. § 1143.

[40] Dies ist im B.G.B. nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber als selbstverständlich vorausgesetzt.

[41] K.Ger. Jahrb. XXIV S. A 246 ff., XXVI S. A 145; Rechtspr. d. O.L.G. VII 10; Obst. L.G. f. Bayern in Recht, Jahrg. 1902 S. 508. — Doch bleiben bei landschaftlichen oder ritterschaftlichen Kreditanstalten satzungsmäſsige Bestimmungen, nach denen die Verfügung des Eigentümers über den abgetragenen Schuldteil beschränkt oder ausgeschlossen ist (unten § 168 S. 946 Anm. 15—16), in Kraft; K.Ger. XX S. A 206, XXIII S. A 146.

[42] B.G.B. § 1163 Abs. 1 S. 1, § 1164.

Digitized by Google

Gläubigers durch den Eigentümer und des Unterganges der Forderung durch Vereinigung mit der Schuld in seiner Person, auch dann, wenn der nicht ersatzberechtigte persönliche Schuldner den Gläubiger befriedigt oder die Vereinigung in der Person eines solchen Schuldners eintritt. So ferner stets, wenn die Forderung durch Erlafsvertrag erlischt. So auch, wenn die Forderung auflösend bedingt oder befristet ist und die Bedingung oder der Endtermin eintritt[43]. Erlischt die Forderung nur teilweise, so geht die Hypothek nur teilweise auf den Eigentümer über. Die Hypothek verwandelt sich hier stets, soweit sie auf den Eigentümer übergeht, in eine Grundschuld.

e. Jedes Grundpfandrecht geht endlich auf den Eigentümer über, wenn der unbekannte Gläubiger mit seinem Recht im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen wird. Dies ist in zwiefacher Weise möglich[44].

α. Das Aufgebotsverfahren kann auf Grund der Verschweigung des Gläubigerrechts stattfinden, wenn seit der letzten Bucheintragung in Ansehung des Grundpfandrechtes zehn Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist vom Eigentümer durch Abschlagszahlung, Zins- oder Rentenzahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkannt ist[45]. Mit dem Erlafs des Ausschlufsurteils erwirbt der Eigentümer das Grundpfandrecht, das natürlich auch dann, wenn es Hypothek war, sich in eine Grundschuld umwandelt. Gleichzeitig wird ein dem Gläubiger erteilter Brief kraftlos[46].

β. Das Aufgebotsverfahren ist ferner behufs Ablösung des Grundpfandrechts zulässig, wenn der Eigentümer zur Befriedigung oder Kündigung berechtigt ist und den erforderlichen Betrag unter Verzicht auf das Rücknahmerecht für den unbekannten Gläubiger

---

[43] Ist dagegen das Grundpfandrecht selbst auflösend bedingt oder befristet, so erlischt es; oben § 159 S. 875 Anm. 65. Nach der oben Anm. 28 angef. Ansicht von Schilde müfste der Eigentümer auch hier durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt sich eine Eigentümergrundschuld mit dem bisherigen Range herausschälen können.

[44] B.G.B. § 1170 u. § 1171. Über das Verfahren C.Pr.O. § 982 ff. Vgl. Hachenburg, Vortr. S. 516 ff.; Dernburg § 240. — Über das bisherige Recht oben § 159 S. 876 Anm. 74.

[45] B.G.B. § 1170 Abs. 1. Bei fest bestimmter Zahlungszeit beginnt die Frist nicht vor dem Ablaufe des Zahlungstages. Handelt es sich um eine Inhaberhypothek oder Inhabergrundschuld, so mufs die Vorlegungsfrist verstrichen oder im Falle ihrer Unterbrechung durch Vorlegung oder gerichtliche Geltendmachung die Verjährung eingetreten sein; § 1188 Abs. 2, § 1195.

[46] B.G.B. § 1170 Abs. 2.

Digitized by Google

hinterlegt[47]. Mit der Erlassung des Ausschlufsurteils gilt, sofern nicht die Befriedigung schon durch die Hinterlegung eingetreten ist, der Gläubiger als befriedigt. Der erteilte Brief wird kraftlos. Das Grundpfandrecht geht also auf den Eigentümer über. Ist es eine Hypothek, so wird es zur Grundschuld, wenn der Eigentümer der persönliche Schuldner war, bleibt dagegen Hypothek, wenn der Eigentümer durch die Befriedigung zugleich die gegen einen Anderen gerichtete Forderung erworben hat. Der Gläubiger erlangt an Stelle seines Rechtes am Grundstücke das Recht auf den hinterlegten Betrag[48].

V. Inhalt. Der Inhalt des Eigentümergrundpfandrechtes deckt sich mit dem eines entsprechenden Grundpfandrechtes an fremder Sache. Allein da das subjektive Rechtsverhältnis ruht, kann der Eigentümer von sich aus den Rechtsinhalt nicht geltend machen. Er kann daher die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung aus dem Grundstück nicht betreiben. Wird dagegen die Zwangsvollstreckung von einem Anderen betrieben, so kann der Eigentümer die Befriedigung aus dem Grundstücke nach Mafsgabe des Pfandrechtsinhaltes an der durch den Rang seines Pfandrechts bestimmten Stelle verlangen[49]. Während der Dauer einer Zwangsverwaltung gebühren dem Eigentümer, da ihm mit der Verwaltung auch die Nutzung des Grundstücks entzogen ist, auch die für diese Zeit aufkommenden Zinsen oder kraft einer Eigentümerrentenschuld zu entrichtenden Renten. Im übrigen kann er Zinsen oder Renten nicht beanspruchen, da er trotz der Beschlagnahme im Besitz bleibt und in den ihm als Eigentümer zufliefsenden Erträgen zugleich den Teil des Ertragswertes bezieht, der zum Inhalt seines Grundpfandrechtes gehört oder (bei der Renten-

---

[47] B.G.B. § 1171 Abs. 1. Zu hinterlegen sind aufser dem Betrage der Forderung, des Grundschuldkapitals oder der Ablösungssumme nur unberichtigte eingetragene Zinsen oder Renten für die letzten 4 Jahre. Das Ausschlufsurteil darf erst nach erfolgter Hinterlegung erlassen werden, während zur Einleitung des Verfahrens das Angebot der Hinterlegung genügt; C.Pr.O. § 987.

[48] B.G.B. § 1171 Abs. 2—3. Der Gläubiger verliert das Recht auf den hinterlegten Betrag durch dreifsigjährige Verschweigung. Dann kann der Hinterleger das Geld trotz seines Verzichts zurücknehmen. Es fällt also nicht, wie bisher, an den Fiskus. Doch kann nach E.G. Art. 145 landesgesetzlich das Rücknahmerecht an eine Ausschlufsfrist von 1 Jahr gebunden werden; so Preufs. Hinterleg.O. § 19, 58a u. 61 (nach A.G. Art. 84), Bayr. § 33, Bad. A.G. Art. 37.

[49] Ist er in Konkurs, so gebührt der Betrag seiner Konkursmasse, nicht den nachstehenden Realgläubigern; R.Ger. LV Nr. 51.

Digitized by Google

schuld) diesen Inhalt bildet. Die Zerlegung des Grundvermögens durch Aussonderung eines pfandrechtlich geformten Wertteils wird also überhaupt nur insoweit wirksam, als das Grundvermögen dem Eigentümer behufs Verwertung entzogen wird.

Diese Sätze gelten nicht nur für die Eigentümergrundschuld[50], sondern auch für die Eigentümerhypothek[51]. Bei dieser ist somit auch die Forderung in Ansehung der Hypothek gelähmt. Dagegen behält die Forderung als solche die ihr zukommende Kraft. Der Eigentümer kann sie daher gegen den persönlichen Schuldner selbständig geltend machen. Erlangt er Befriedigung oder erlischt die Forderung auf andere Weise, so wird die Eigentümerhypothek zur Eigentümergrundschuld.

Ein ihm zugefallenes Teilgrundpfandrecht kann der Eigentümer nicht zum Nachteil des dem Gläubiger verbleibenden Restgrundpfandrechtes geltend machen[52].

VI. Verfügung. Das Eigentümergrundpfandrecht unterliegt, soweit es nicht durch anwartschaftliches Gläubigergrundpfandrecht oder sonst gebunden ist[53], der Verfügung des Eigentümers.

1. Er kann es als besonderen Vermögensgegenstand in seiner Hand behalten. Dann kann er, soweit das Grundbuch unrichtig ist[54], dessen Berichtigung herbeiführen. Er kann daher die Umschreibung auf seinen Namen fordern[55]. Hat sich eine Hypothek

---

[50] B.G.B. § 1197 u. 1177 Abs. 1.

[51] B.G.B. § 1177 Abs. 2 mit § 1197.

[52] B.G.B. § 1176. Das Eigentümerteilgrundpfandrecht steht also im Range zurück. So auch nach preuſs. R.; R.Ger. XXVII Nr. 44.

[53] Vgl. oben Anm. 27—28; vgl. auch Anm. 41.

[54] Das Grundbuch ist unrichtig, wenn das Eigentümergrundpfandrecht auf einen fremden Namen eingetragen oder, obschon es Grundschuld ist, als Hypothek bezeichnet ist. Wenn der eingetragene Gläubiger das Eigentum des Grundstücks erwirbt oder der Eigentümer durch Abtretung und Eintragung das Grundpfandrecht erlangt, ist das Grundbuch hinsichtlich der Bezeichnung des Gläubigers richtig, kann aber unrichtig sein, weil es eine Grundschuld als Hypothek bezeichnet. Die Eintragung einer Hypothek für eine Forderung aus einem Inhaberpapier oder einer Inhabergrundschuld wird dadurch, daſs der Eigentümer sie erwirbt, nicht unrichtig.

[55] Zu diesem Behuf kann er nach B.G.B. § 894 die Zustimmung des eingetragenen Gläubigers und nach § 896 die Vorlegung des Briefes (wichtig bei Teilerwerb) verlangen. Die Bewilligung des eingetragenen Gläubigers ist nach Grdb.O. § 22 Abs. 1 nicht erforderlich, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen wird. So genügt in den Fällen des § 1163 Abs. 1 die Beibringung eines rechtskräftigen Urteils, das den Nichtbestand oder das Erlöschen der Forderung feststellt, im Falle des § 1168 die Eintragung des Verzichts, im

Digitized by Google

durch den Übergang auf den Eigentümer in eine Grundschuld verwandelt, so ist dies bei der Umschreibung zu vermerken[56]. Der Eigentümer kann aber auch durch einseitige Erklärung und Eintragung eine sonst der Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer bedürftige Änderung des Grundpfandrechtes herbeiführen. So kann er z. B. die Verzinslichkeit begründen oder den Zinssatz ändern und hierbei den Zinsen bis zu fünf v. H. ohne weiteres den Rang der Hauptschuld verschaffen; so das Grundpfandrecht teilen und den Rang der Teile unter einander bestimmen; so bei der Eigentümerhypothek einen Forderungswechsel erwirken; so die Eigentümerhypothek durch Trennung von der Forderung in eine Eigentümergrundschuld oder die Eigentümergrundschuld durch Verbindung mit einer ihm zustehenden Forderung in eine Eigentümerhypothek umwandeln; so auch seinem Grundpfandrecht die Eigenschaft einer Rentenschuld, einer Sicherungshypothek, eines Buchgrundpfandrechtes entziehen oder verleihen. Der Eigentümer kann ferner durch Einigung mit den anderen Beteiligten den Rang seines Grundpfandrechtes verbessern oder verschlechtern. Er kann sein Grundpfandrecht auf dem durch dessen Beschaffenheit vorgeschriebenen Wege belasten. Auch unterliegt das Eigentümergrundpfandrecht in gleicher Weise, wie ein entsprechendes Grundpfandrecht an fremder Sache, der Pfändung[57].

2. Der Eigentümer kann sein Grundpfandrecht übertragen und dadurch mit Vollwirksamkeit bekleiden. Die Abtretung des nur mangels Übergabe des Briefes als Eigentümergrundpfandrecht entstandenen Briefgrundpfandrechts erfolgt durch einfache Übergabe des Briefes an den eingetragenen Gläubiger; die als Eigentümergrundschuld entstandene Briefhypothek entfaltet sich damit ohne weiteres zur Hypothek. Im übrigen gelten die allgemeinen Regeln. Es bedarf also des dinglichen Abtretungsvertrages und jenachdem der Eintragung in das Grundbuch oder der Übergabe

Falle des § 1169 die rechtskräftige Verurteilung zum Verzicht. Dagegen ist im Falle des § 1163 Abs. 2 die Bewilligung des Gläubigers unerläßlich; oben Anm. 33. — Ist der Eigentümer in ein Briefgrundpfandrecht sukzediert, so kommen ihm B.G.B. § 1155 u. Grdb.O. § 26, bei Teilsukzession B.G.B. § 1145 u. § 1168 Abs. 3 zugute.

[56] Ist der Eigentümer schon als Gläubiger eingetragen, so kann er, wenn die Hypothek zur Grundschuld geworden ist (oben Anm. 54), den Vermerk der Umwandelung als selbständige Eintragung verlangen.

[57] Die Erfordernisse wirksamer Pfändung sind dieselben, wie bei einem Gläubigergrundpfandrecht. Bei einem Eigentümerbuchgrundpfandrecht ist daher Eintragung erforderlich; R.Ger. in D. J.Z. IX 121.

Digitized by Google

des Briefes und einer bestimmten Form der Abtretungserklärung oder nur der Übertragung des Eigentums an einem Inhaber- oder Orderpapier. Auch kann die Eigentümerhypothek nur als Hypothek mit der Forderung, die Eigentümergrundschuld, auch wenn sie früher Hypothek war, nur als Grundschuld abgetreten werden. Doch läfst sich die Übertragung mit beliebiger Umwandlung verbinden. Insbesondere ist die Rückverwandlung der ehemaligen Hypothek in eine für eine Forderung des Erwerbers gewährte Hypothek möglich. Die in der Zwischenzeit eingetretene Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld braucht so wenig, wie das Zwischenrecht des Eigentümers, im Grundbuch zu erscheinen.

Die Übertragung des Eigentümergrundpfandrechts auf einen Anderen kann auch durch gerichtliche Überweisung erfolgen.

Das Eigentümergrundpfandrecht verwandelt sich aber auch in der Hand des Eigentümers in ein vollwirksames Grundpfandrecht an fremder Sache, sobald er das Eigentum am Grundstücke auf einen Anderen überträgt oder auf andere Weise (z. B. durch Zuschlag) an einen Anderen verliert[58].

3. Der Eigentümer kann endlich sein Grundpfandrecht löschen lassen. Dann treten die Wirkungen der rechtsgeschäftlichen Aufhebung ein. Die nachstehenden Berechtigten rücken also vor. Die vom Eigentümer einem Anderen gegenüber eingegangene Verpflichtung, für den Fall der Vereinigung mit dem Eigentum das Eigentümergrundpfandrecht löschen zu lassen, ist nicht nur bindend[59], sondern kann auch durch Eintragung einer Vormerkung mit dinglicher Wirksamkeit bekleidet werden[60]. Da-

---

[58] Das Eigentümergrundpfandrecht steht immer demjenigen zu, der im Augenblicke seiner Entstehung Eigentümer war, und geht auf einen Sondernachfolger im Eigentum niemals über, wenn nicht eine gehörige Grundpfandrechtsübertragung stattgefunden hat. Dies gilt auch für eine bloſs anwartschaftliche Eigentümergrundschuld (oben Anm. 27—28). Nur verwandelt sie sich mit der Veräuſserung des Grundstücks natürlich zunächst in eine gleichfalls bloſs anwartschaftliche Gläubigergrundschuld. Vgl. Planck zu § 1163 Bem. 3 d, Fuchs Bem. 5, Turnau-Förster Bem. 6, Oberneck b. Gruchot a. a. O. S. 330 ff., Bruck S. 176, 220, 222 ff., H. Hirsch S. 251 ff., R.Ger. LV Nr. 51 S. 220 ff.

[59] Die Verpflichtung kann nicht nur gegenüber einem Nachgläubiger, sondern gegenüber jeder Person eingegangen werden. Somit auch gegenüber dem eingetragenen Gläubiger; R.Ger. LII Nr. 2.

[60] B.G.B. § 1179; Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 139 ff.,

Digitized by Google

mit ist freilich ein Mittel geboten, das ganze Institut des Eigentümergrundpfandrechtes zu vereiteln.

§ 167. Die Gesamtgrundpfandrechte[1].

I. Begriff. Gesamtgrundpfandrecht ist jedes Grundpfandrecht, das auf mehreren Grundstücken ungeteilt haftet[2]. Es kann Gesamthypothek (auch Sicherungshypothek), Gesamtgrundschuld oder Gesamtrentenschuld sein[3]. Die belasteten Grundstücke können demselben Eigentümer gehören und in diesem Falle entweder auf demselben Grundbuchblatt oder auf verschiedenen Grundbuchblättern gebucht sein, sie können aber auch in verschiedenem Eigentum stehen.

II. Entstehung. Die Belastung mehrerer Grundstücke mit einem Gesamtgrundpfandrecht ist, wie nach den meisten Hypotheken-

---

152; Sekler, Vormerkung S. 141 ff. Der Vorgemerkte kann nach C.Pr.O. § 984 auch das Aufgebotsverfahren aus B.G.B. § 1170 beantragen. — Die Vormerkung bewirkt, daß jede andere Verfügung über das Eigentümergrundpfandrecht, als dessen Löschung, dem Vorgemerkten gegenüber unwirksam ist. Daher kann der vorgemerkte Nachgläubiger im Zwangsversteigerungsverfahren, auch nachdem der Anspruch auf Löschung durch Erlöschen des Rechts erledigt ist, Befriedigung mit Vorrang vor dem Eigentümer und vor einem Gläubiger, der nach Eintragung der Vormerkung die Post gepfändet hat, verlangen; Seuff. LX Nr. 12. Dagegen wird die Entstehung des Eigentümergrundpfandrechts durch die Vormerkung nicht gehindert. Ist daher die Post in das geringste Gebot aufgenommen, so kann der Ersteher, wenn er als Nachgläubiger befriedigt ist, aus der Vormerkung kein Recht auf den Rest des Versteigerungserlöses herleiten, hat vielmehr den auf die Eigentümergrundschuld fallenden Betrag herauszuzahlen; R.Ger. LVII Nr. 48.

[1] Vgl. über das bisherige Recht Stobbe-Lehmann § 149 Z. 2; Dernburg, H.R. II 169 ff.; Regelsberger § 58—59; Siegmann S. 88 ff., 127 ff., 156 ff.; Römer S. 221 ff.; v. Meibom S. 114 ff., 225 ff; Motive III 682 ff. — Über das geltende deut. R. Hachenburg, Vortr. S. 610 ff.; Endemann § 124; Cosack § 225a; Dernburg, B.R. III § 231; H. Lehmann S. 313 ff.; W. Lang, Arch. f. c. Pr. LXXXIX 251 ff.; Biermann, Planck, Kober, Fuchs, Turnau-Förster zu B.G.B. § 1132 u. § 1172 ff. — Österr. R. b. Exner S. 289 ff. — Marcusen, Die Korrealhypothek im modernen Recht, Z. f. vgl. R.W. XIII 220 ff.

[2] Der Name „Gesamthypothek" und „Gesamtgrundschuld" begegnet schon im Preuß. E.E.G. v. 1872. Früher war besonders der Name „Korrealhypothek" üblich; daneben „Simultanhypothek" (in Österreich), „Solidarhypothek" (in Württemberg), „Verbandshypothek".

[3] Doch muß es auf jedem Grundstücke gleiche Beschaffenheit haben, kann daher nicht auf dem einen als gewöhnliche Hypothek, auf dem anderen als Sicherungshypothek eingetragen werden; Seuff. LVI Nr. 251.

Digitized by Google

gesetzen[4], nach geltendem deutschem Recht zulässig[5]. Doch kann die Bestellung nur rechtsgeschäftlich erfolgen[6]. Von Rechts wegen verwandelt sich ein Einzelgrundpfandrecht in ein Gesamtgrundpfandrecht, wenn das belastete Grundstück geteilt wird und eine Befreiung der abgetrennten Grundstücksbestandteile von der Pfandhaftung nicht stattfindet[7]. Hinsichtlich der Buchung der Gesamtgrundpfandrechte gelten gleiche Regeln, wie in anderen Fällen dinglicher Mitbelastung[8]. Über das Gesamtgrundpfandrecht soll, wenn es Briefgrundpfandrecht ist, regelmäfsig nur Ein Brief erteilt werden; ist die Erteilung mehrerer Briefe erforderlich, weil die Grundstücke in verschiedenen Grundbuchamtsbezirken liegen, so sind die Briefe mit einander zu verbinden[9].

III. Übertragung. Das Gesamtgrundpfandrecht kann nur einheitlich übertragen werden. Eine Abtretung, Belastung oder Pfändung, die sich nur auf das Recht an einem der Grundstücke erstreckt, ist unwirksam[10].

IV. Inhalt. Das Gesamtgrundpfandrecht begründet eine dingliche Gesamtschuld, für welche die Grundstücke samt und sonders haften.

1. Zugunsten des Gläubigers gilt das strengste Solidarprinzip. Der Gläubiger kann nach Belieben aus allen Grundstücken oder einem einzelnen Grundstücke Befriedigung suchen[11], er kann auch nach Belieben ein Grundstück ganz oder teilweise aus der

---

[4] Preufs. A. L.R. I, 20 § 468, E.E.G. § 42; Code civ. Art. 2114; Sächs. Gb. § 379; Bayr. H.G. § 147; Anhalt. H.G. § 18; Württ. Pf.G. § 98; Österr. Gr.B.G. § 15; andere Ges. b. Marcusen S. 238 ff. — Unzulässig war sie nach Hamb. Ges. v. 1868 § 30 u. Meckl. revid. ritt. H.O. § 11 u. Domanial-H.O., vgl. v. Meibom S. 115.

[5] B.G.B. § 1132. Bedenklich ist sie nicht nur wegen des Bruchs mit dem Spezialitätsprinzip, sondern auch wegen der entstehenden Verwicklungen und Unbilligkeiten. Der Schweiz. Entw. § 788 läfst sie nur zu, wenn die Grundstücke demselben Eigentümer gehören oder Eigentum solidarisch verpflichteter Schuldner sind; der Vorentw. § 791 wollte sie ganz ausschliefsen.

[6] Nicht im Wege der Zwangs- oder Arrestvollstreckung; oben § 163 S. 900 Anm. 12.

[7] Durch Pfandentlassung oder lastenfreie Abschreibung infolge eines Unschädlichkeitszeugnisses oder Enteignung; vgl. oben S. 309, 499 ff.

[8] Grdb.O. § 49; vgl. oben § 118 S. 302 Anm. 61.

[9] Grdb.O. § 59.

[10] Erfolgt die Übertragung durch Bucheintrag, so wird sie nur durch Eintragung bei jedem Grundstücke wirksam. Für die Einheitlichkeit der Übertragung durch Brief sorgt die Art der Brieferteilung.

[11] B.G.B. § 1132 Abs. 1. Ebenso Preufs. A. L.R. I, 20 § 467—468, E.E.G. § 42 Abs. 2; österr. R., vgl. Exner S. 322; französ. R; vgl. Marcusen S. 247 ff.

Digitized by Google

Haftung entlassen[12]. Irgend eine Rücksichtnahme schuldet er weder den verschiedenen Eigentümern noch den gleich- oder nachstehenden Berechtigten. Nur im Zwangsvollstreckungsverfahren, falls dieses von einem ihm nachstehenden Gläubiger betrieben wird, kann ihm eine Beschränkung seines Rechtes nach Teilbeträgen unter Umständen aufgedrungen, auch hier aber von ihm stets abgewendet werden[13]. Das geltende deutsche Recht tritt hiermit in Widerspruch zu anderen Gesetzen, die der Wahlfreiheit des Gläubigers grundsätzlich Schranken ziehen, um eine den Interessen aller Beteiligten entsprechende Verteilung des Zugriffs herbeizuführen[14].

2. Auf Seiten der Schuldner ist eine Schuldgemeinschaft nicht anerkannt. Während auf Grund des deutschen Rechtes der Gedanke einer inneren Schuldgemeinschaft, der bei der persönlichen Gesamtschuld durchgedrungen ist, sich vielfach auch bei der dinglichen Gesamtschuld Bahn gebrochen und zur Statuierung einer gegenseitigen Ausgleichungspflicht unter den Beteiligten geführt hat[15], ist das Gesamtgrundpfandrecht des geltenden Rechtes an sich regrefslos[16]. Nur ist insoweit, als aus einem besonderen Rechtsgrunde, wie z. B. aus einem gleichzeitigen persönlichen Gesamtschuldverhältnisse oder einem Bürgschaftsverhältnisse oder einer speziellen Vereinbarung, ein Ersatzanspruch gegen einen Eigentümer begründet ist, dieser Ersatzanspruch durch das Gesamtgrundpfandrecht mitgesichert[17].

---

[12] B.G.B. § 1175 Abs. 1 S. 2. Anders trotz gewährter Wahlfreiheit das bayr. R., vgl. Regelsberger S. 272 ff.

[13] Zw.V.G. § 64; vgl. unten S. 942 ff.

[14] So namentlich das Württ. Pf.G. Art. 98; Römer S. 221 ff. Vgl. auch Hess. Pf.G. Art. 88 u. 122. Ausländ. Ges. bei Marcusen S. 261 ff. Für den Fall des Konkurses auch Bayr. Prior.O. v. 1822 mit Ges. v. 1. Juli 1856, für den Fall der Subhastation Bayr. Subh.O. v. 1879 Art. 106; Regelsberger § 59 II. Dagegen liefs das neuere preufs. R. auch im Falle der Zwangsversteigerung keinerlei Abschwächung des Solidarprinzips eintreten; R.Ger. III Nr. 73, XVI Nr. 37. — Vgl. Motive III 261 ff.

[15] So das ältere preufs. R. (A. G.O. I, 50 § 520—522, A. L.R. I, 5 § 445, Konk.O. v. 1855 § 56, O.Trib. XII 171, LII 440), beseitigt durch Ges. v. 12. Mai 1869; vgl. Dernburg, H.R. II 171 ff., 175 ff. Ebenso das bayr. R., vgl. Regelsberger § 59 III—IV; Württ. Pf.G. Art. 99—103; Hess. Pf.G. Art. 116 bis 117; früheres Hannov. G. § 67 bei v. Bar S. 115; österr. R. b. Exner S. 313 ff.

[16] Über die Unbilligkeit vgl. Dernburg, H.R. II 187 ff., B.R. III § 231 Anm. 10; Best I 55; Hachenburg, Beitr. S. 131, Vortr. S. 615 ff., 629 ff.; Marcusen S. 263 ff.

[17] Hierin liegt immerhin die Anerkennung einer sachenrechtlichen Gemein-

Digitized by Google

V. Schicksale bei Erledigung des Gläubigerrechts. Im Falle der Erledigung des Gläubigerrechts richten sich die Schicksale des Gesamtgrundpfandrechtes zwar grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln. Allein mit Rücksicht auf das solidarische Recht des Gläubigers einerseits und die Erstreckung der Haftung auf etwaige Ersatzansprüche andererseits treten wichtige Abweichungen ein.

1. Befriedigung durch den Eigentümer. Wenn der Eigentümer freiwillig den Gläubiger befriedigt, geht auch hier das Grundpfandrecht als Eigentümergrundpfandrecht auf ihn über. Allein nur, wenn die Grundstücke demselben Eigentümer gehören oder die verschiedenen Eigentümer die Befriedigung gemeinschaftlich bewirken, bleibt das Gesamtgrundpfandrecht unversehrt. Befriedigt dagegen einer von mehreren Eigentümern den Gläubiger, so erwirbt er das Grundpfandrecht nur an seinem Grundstücke, während es an den anderen Grundstücken von Rechts wegen und ohne Löschung erlischt[18]. Der einzelne Eigentümer kann also nur zum eignen Nachteil befriedigen[19]. Anders verhält es sich lediglich, wenn er bereits einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer eines mithaftenden Grundstücks hat. Denn dann gilt die Ausnahme, dafs er zugleich das Grundpfandrecht an dem anderen Grundstücke in Höhe seines Ersatzanspruches als Hypothek erwirbt. Diese Hypothek bleibt mit seinem Eigentümergrundpfandrecht zum Gesamtgrundpfandrecht verbunden[20]. Da das Ersatzpfandrecht auch bei der Gesamtgrundschuld notwendig Hypothek, das Eigentümerpfandrecht auch bei der Gesamthypothek regelmäfsig Grundschuld wird, setzt das Gesamtgrundpfandrecht sich nunmehr regelmäfsig aus Hypothek und Grundschuld zusammen; bleibt das Eigentümerpfandrecht Hypothek, so entsteht eine Gesamthypothek mit Verschiedenheit der Forderungen bei jedem Grundstück.

Der Befriedigung durch den Eigentümer steht es gleich, wenn

---

schaft; Hachenburg, Vortr. S. 636. Keinerlei Schutz aber ist damit den Nachberechtigten gewährt. — Dem neuen Recht sind auch die Gesamthypotheken älterer Herkunft unterworfen; Habicht S. 490.

[18] B.G.B. § 1173 Abs. 1 S. 1; vgl. § 1143 Abs. 2. Hachenburg S. 622 ff; Dernburg, B.R. III 678; Lang a. a. O. S. 300 ff.

[19] Nach bisherigem preufs. R. ging die Hypothek an den anderen Grundstücken auf den befriedigenden Eigentümer über; R.Ger. XLI Nr. 59. Ebenso Entw. I § 1034 Abs. 3. Damit erlangte er umgekehrt mehr, als ihm gebührt.

[20] B.G.B. § 1173 Abs. 2; dazu Hachenburg S. 625 ff., Lang S. 307 ff.

Digitized by Google

er das Grundpfandrecht durch rechtsgeschäftliche Übertragung erwirbt oder wenn in seiner Person eine Vereinigung eintritt[21].

2. Befriedigung durch den persönlichen Schuldner. Wenn bei einer Gesamthypothek der persönliche Schuldner den Gläubiger befriedigt oder Forderung und Schuld sich in seiner Person vereinigen, geht auch hier die Hypothek auf den Eigentümer, insoweit jedoch, als der persönliche Schuldner einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer hat, auf den persönlichen Schuldner über. Richtet sich aber der Ersatzanspruch nur gegen einen von mehreren Eigentümern, so erwirbt der persönliche Schuldner die Hypothek nur an dessen Grundstück, während die Hypothek an den übrigen Grundstücken von Rechts wegen und ohne Löschung erlischt[22].

3. Verzicht. Der Verzicht des Gläubigers auf das Gesamtgrundpfandrecht bewirkt, daſs es den Eigentümern gemeinschaftlich zufällt. Verzichtet aber der Gläubiger nur auf das Grundpfandrecht an einem Grundstücke, so erlischt es an diesem[23]. Der befreite Eigentümer erwirbt also kein Eigentümergrundpfandrecht. Vielmehr wirkt hier der einseitige Verzicht von Rechts wegen und ohne Löschung wie die rechtsgeschäftliche Aufhebung.

Das Gleiche gilt, wenn der unbekannte Gläubiger mit seinem Rechte auf Grund von Verschweigung ausgeschlossen wird[24].

4. Sonstige Fälle des Eigentümergrundpfandrechts. Wenn auſser den Fällen der Befriedigung und der ihr gleichgestellten Vereinigung, des Verzichtes und des Ausschlusses die Voraussetzungen eines Eigentümergrundpfandrechtes vorliegen, so steht das Gesamtgrundpfandrecht stets den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. Dies gilt für jedes Gesamtgrundpfandrecht, wenn es Briefgrundpfandrecht ist, bis zur Übergabe des Briefes; für die Gesamthypothek, wenn die Forderung nicht entstanden oder in anderer Weise als durch Befriedigung oder einen gleichgestellten Vorgang erloschen ist; für die Gesamtgrundschuld, wenn sie als Eigentümergrundschuld bestellt ist[25].

---

[21] B.G.B. § 1173 Abs. 1 S. 2; über eigentümliche Konsequenzen Hachenburg S. 623 ff.

[22] B.G.B. § 1174 Abs. 1; Hachenburg S. 632 ff.

[23] B.G.B. § 1175 Abs. 1; Hachenburg S. 634 ff.

[24] B.G.B. § 1175 Abs. 2. Der Ausschluſs auf Grund des § 1171 dagegen hat die in § 1173 vorgesehenen Wirkungen der Befriedigung; Hachenburg S. 623.

[25] B.G.B. § 1172 Abs. 1; § 1196.

Digitized by Google

5. **Befriedigung aus dem Grundstücke.** Mit der Befriedigung des Gläubigers aus einem Grundstücke erlischt das Gesamtgrundpfandrecht an allen Grundstücken[26]. Ein Rückgriffsrecht entsteht nicht. Soweit jedoch der Eigentümer des von der Zwangsvollstreckung betroffenen Grundstücks aus einem besonderen Rechtsgrunde einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer eines mitbelasteten Grundstücks hat, erwirbt er das Gesamtgrundpfandrecht an diesem Grundstücke als Hypothek für seine Ersatzforderung[27]. Mit einem Eigentümergrundpfandrecht ist diese Hypothek nicht verbunden. Sie ist, auch wenn sie aus einer Gesamtgrundschuld stammt, reine Hypothek.

6. **Rangverhältnis.** In allen Fällen, in denen das Gesamtgrundpfandrecht nur teilweise auf die Eigentümer oder einen von ihnen oder den persönlichen Schuldner übergegangen ist, weil nur eine Teilbefriedigung oder ein Teilverzicht stattgefunden hat oder die sonstigen Voraussetzungen des Überganges nur hinsichtlich eines Teilbetrages vorliegen, steht das erworbene Teilgrundpfandrecht hinter dem Restgrundpfandrecht des Gläubigers zurück[28]. Die Ersatzhypothek aber, die der von der Zwangsvollstreckung betroffene Eigentümer an einem mithaftenden Grundstücke erlangt, kann auch nicht zum Nachteil der im Augenblicke ihres Erwerbes auf diesem Grundstücke lastenden gleich- oder nachstehenden Rechte geltend gemacht werden, rückt also an die letzte Stelle[29].

7. **Gemeinschaftliches Eigentümergrundpfandrecht.** Wenn das Gesamtgrundpfandrecht den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zusteht, so bilden sie eine eigenartige sachenrechtliche Gemeinschaft zur gesamten Hand[30]. Sie können daher über das Gesamtgrundpfandrecht nur gemeinschaftlich durch Abtretung, Belastung, Veränderung oder Aufhebung verfügen und es im Falle der Zwangsvollstreckung nur gemeinschaftlich geltend machen[31]. Der einzelne Eigentümer hat

---

[26] B.G.B. § 1181; Hachenburg S. 630 ff.

[27] B.G.B. § 1182 S. 1.

[28] B.G.B. § 1176 und § 1182 S. 2.

[29] B.G.B. § 1182 S. 2. Die Regreßhypothek ist daher der Entwertung durch hierauf berechnete Eintragungen ausgesetzt; Hachenburg S. 631 ff.

[30] Hachenburg, Beitr. S. 141, Vortr. S. 620 ff.; H. Lehmann S. 315; Biermann zu § 1172 Bem. 1; Kober Bem. 1 b. — A. M. Endemann § 124 Anm. 28; Fuchs Bem. 3; Planck Bem. 3 b; Neumann Bem. II 1 a.

[31] Unrichtig meint Lang S. 295, der Eigentümer könne es einseitig auf seinem Grundstücke löschen lassen. Vgl. dagegen Hachenburg, Vortr. S. 621.

Digitized by Google

keinen gesonderten Anteil, sondern nur einen unausgeschiedenen Wertanteil, der sich nach dem jeweiligen Verhältnis des Wertes seines Grundstücks zum Werte der sämtlichen Grundstücke bestimmt[32]. Dabei wird der Wert jedes Grundstücks unter Abzug der dem Gesamtgrundpfandrechte im Range vorgehenden Belastungen berechnet[33]. Jeder Eigentümer hat jedoch einen Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft, um die Aussonderung seines Anteils zu erlangen[34]. Durch Vereinbarung kann die Gemeinschaft abweichend gestaltet werden[35].

VI. Verteilung. Ein Gesamtgrundpfandrecht kann durch Verteilung auf die belasteten Grundstücke in Einzelgrundpfandrechte zerlegt werden.

Die Verteilung kann auf rechtsgeschäftlichem Wege durch einseitige Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Grundbuchamte oder dem Eigentümer und Eintragung im Grundbuche erfolgen[36]. Der Gläubiger kann sie in beliebiger Weise vornehmen[37]. Steht aber das Gesamtgrundpfandrecht den Eigen-

---

[32] B.G.B. § 1172 Abs. 2. Wenn das Gesamtgrundpfandrecht teilweise auf den persönlichen Schuldner als Hypothek für einen Teilersatzanspruch übergegangen ist und der Teilersatzanspruch sich nur gegen einen der Eigentümer richtet, muß dieser sich den das gemeinschaftliche Eigentümergrundpfandrecht mindernden Betrag der Ersatzhypothek auf seinen Anteil anrechnen lassen; § 1174 Abs. 2.

[33] Dazu gehören auch Eigentümergrundpfandrechte, nicht aber Rangvorbehalte und Vormerkungen. A. M. hinsichtlich der Vormerkungen Biermann Bem. 2, Planck Bem. 4a, Fuchs Bem. 7.

[34] Der Anspruch geht auf Naturalteilung durch Zerlegung in Einzelgrundpfandrechte (unten Anm. 38—39), im Falle der Zwangsvollstreckung auf einen verhältnismäßigen Teil des dem Eigentümergrundpfandrecht zukommenden Teiles des Erlöses. Der Auseinandersetzungsanspruch ist pfändbar.

[35] B.G.B. § 1172 Abs. 2: „sofern nicht ein Anderes vereinbart ist". Hiernach kann ein anderes Anteilsverhältnis, eine andere Teilungsart oder auch innerhalb der durch § 749—751 gezogenen Grenzen die Ausschließung oder Beschränkung des Teilungsanspruchs vereinbart werden. Doch wird der Sondernachfolger eines Eigentümers durch eine ihm unbekannte Vereinbarung nur gebunden, wenn sie eingetragen ist.

[36] Dabei finden die Regeln der § 875, 876 u. 878 über Aufhebung von Rechten an Grundstücken entsprechende Anwendung. Es bedarf also der Zustimmung eines Drittberechtigten. Die Eintragung erfolgt durch Löschung des Mehrbetrags und des Vermerks über Mithaftung auf jedem Grundstücke. Für jedes Grundstück wird ein neuer Brief erteilt; Grdb.O. § 64.

[37] B.G.B. § 1132 Abs. 2. Kann er doch auch durch Verzicht bei den übrigen Grundstücken die ganze Last einem einzigen Grundstück aufwälzen! — Eine beliebige Verteilung kann natürlich auch der Eigentümer mehrerer

Digitized by Google

tümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu, so geht der Auseinandersetzungsanspruch jedes Eigentümers auf Verteilung nach Mafsgabe der zur Zeit bestehenden Wertanteile[38]. Er kann daher verlangen, dafs das bisherige Gesamtgrundpfandrecht auf den ihm gebührenden Teilbetrag beschränkt und in dieser Beschränkung ihm als Einzelgrundpfandrecht zugeteilt werde[39].

Eine Verteilung ohne den Willen des Gläubigers kann im Zwangsvollstreckungsverfahren stattfinden, falls ein Anderer die Zwangsversteigerung betreibt[40] und mehrere Grundstücke, auf denen das Gesamtgrundpfandrecht mit Vorrang vor dem Anspruch des betreibenden Gläubigers lastet, in demselben Verfahren versteigert werden[41]. In diesem Falle ist auf Antrag des betreibenden Gläubigers, des Eigentümers oder eines anderen gleich- oder nachstehenden Beteiligten das Gesamtgrundpfandrecht bei der Feststellung des geringsten Gebotes für jedes einzelne Grundstück nur zu dem Teilbetrage zu berücksichtigen, der dem Verhältnisse des Wertes dieses Grundstückes zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht[42]. Die Folge hiervon ist, dafs das Gesamtgrundpfandrecht durch den Zuschlag des einzelnen Grundstücks auf ein Einzelgrundpfandrecht in Höhe des Teilbetrages beschränkt wird und in dieser Beschränkung bestehen bleibt[43]. Der Gesamt-

---

Grundstücke, falls er zugleich Gläubiger ist, vornehmen. Ebenso die Gesamtheit der Eigentümer bei einem gemeinschaftlichen Eigentümergrundpfandrecht.

[38] B.G.B. § 1172 Abs. 2, § 1175; oben Anm. 32—35. Nach den Protok. III 629 soll das Wertverhältnis zur Zeit der Entstehung der Gemeinschaft entscheiden; ebenso Lang S. 298, Planck Bem. 4b, Fuchs Bem. 7. Allein es entsteht keine Gemeinschaft nach Bruchteilen, sondern eine Gemeinschaft nach Wertanteilen, die sich durch Änderungen des Grundstückswerts oder durch Wegfall von Vorbelastungen verschieben; Hachenburg, Vortr. S. 619 ff., Turnau-Förster Bem. 4, Biermann Bem. 2, jetzt auch Kober Bem. 2a.

[39] Die Fortsetzung der Gemeinschaft unter den übrigen Eigentümern kann er nicht hindern.

[40] Betreibt der Gesamtgrundpfandgläubiger selbst die Zwangsvollstreckung, so hängt es von seinem Belieben ab, ob und wie er verteilen will; oben Anm. 11.

[41] Zw.V.G. § 64; oben Anm. 13. — Nach Zw.V.G. § 63 hat neben dem Einzelausgebot der Grundstücke auf Antrag eines Beteiligten stets auch ein Gesamtausgebot der belasteten Grundstücke stattzufinden, auf Grund dessen aber der Zuschlag nur erteilt wird, wenn das Meistgebot höher ist, als das Gesamtergebnis der Einzelausgebote.

[42] Dabei werden von den Vorbelastungen nur diejenigen vom Werte abgerechnet, die nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben.

[43] Die Verteilung tritt aber nur ein, wenn der Zuschlag auf das Einzel-

Digitized by Google

grundpfandgläubiger kann aber eine ihm nachteilige Verteilung dadurch abwenden, daſs er gleiche Rechte in Anspruch nimmt, wie sie ihm zustünden, wenn er der betreibende Gläubiger wäre[44].

Soweit das Gesamtgrundpfandrecht durch den Zuschlag erlischt, tritt der Erlös mehrerer Grundstücke in die solidarische Haftung ein. Der Gläubiger kann daher den ihm gebührenden Gesamtbetrag beliebig auf die Einzelerlöse verteilen. Trifft er aber keine Bestimmung, so findet auch hier eine Verteilung nach dem Wertverhältnis statt[45].

§ 168. Pfandbriefverbände[1].

I. Überhaupt. Pfandbriefverbände sind Verbandspersonen, die zwischen dem Kreditbedürfnis des Grundbesitzes und dem Anlagebedürfnis des Kapitals vermitteln, indem sie Grundstücke gegen Pfandbelastung beleihen, die hierzu erforderlichen Mittel aber durch Ausgabe auf den Inhaber lautender Pfandbriefe aufbringen. Sie sind entweder Pfandbriefgenossenschaften oder Pfandbriefanstalten und in beiderlei Gestalt entweder öffentliche oder private Verbände.

---

ausgebot erfolgt. Erfolgt er auf das Gesamtausgebot (oben Anm. 41), so bleibt das Gesamtgrundpfandrecht unversehrt.

[44] Zw.V.G. § 64 Abs. 2. Er kann bis zum Schlusse der Verhandlung im Versteigerungstermin verlangen, daſs die Grundstücke auch mit einem lediglich die seinem Anspruche vorgehenden Rechte schützenden geringsten Gebot ausgeboten werden, und hat dann zu entscheiden, auf welches der beiden Gebote der Zuschlag erteilt werden soll. Erklärt er sich nicht, so bleibt das Ausgebot mit Verteilung der Last maſsgebend.

[45] Zw.V.G. § 122. Maſsgebend ist der Betrag der Erlöse nach Abzug der auf vorgehende Rechte fallenden Beträge. — Über die Verteilung des Erlöses aus einem Gesamtausgebot vgl. Zw.V.G. § 112.

[1] Rabe, Darstellung des Wesens der Pfandbriefe in Preuſsen, 2 Tle., Halle u. Berlin 1818. Hübner, Die Banken I 106 ff., II 185 ff. v. Bülow-Cummerow, Über Preuſsens landwirtsch. Kreditvereine, 2 Aufl., Berlin 1843. H. Brämer, Zeitschr. des Preuſs. Statist. Bureaus, 1867, S. 216 ff. F. Hecht, Die Organisation des Bodenkredits in Deutschland, Leipz. 1891. Hermes, Art. „Landschaften“ im Handwörterb. der Staatsw. (2. Aufl.) V 453 ff. F. Hecht, Art. „Landeskreditkassen“ ebenda S. 443 ff., „Hypothekenbanken“ IV 1250 ff. — Gierke, Genossenschaftsr. I 1086 ff. v. Brünneck, Gruchot XXVIII 48 ff., 318 ff., 481 ff., XXIX 23 ff., 168 ff., 465 ff. — Lastig, Art. „Pfandbriefe“ in Holtzendorffs Rechtslex. III 63 ff. H. Dernburg, Preuſs. H.R. III 63 ff. Stobbe-Lehmann II 2 § 142 S. 108 ff. — v. Rönne, Preuſs. Staatsr. IV (4. Aufl.) § 335. E. Löning, V.R. § 166. G. Meyer, V.R. I § 155.

Digitized by Google

II. Pfandbriefgenossenschaften sind Vereinigungen der Grundbesitzer, die als organisierte Gesamtheiten die Kreditbeschaffung für ihre einzelnen Mitglieder besorgen.

1. Öffentliche Pfandbriefgenossenschaften sind die Landschaften und die ihnen verwandten Kreditvereine. Die älteste Landschaft wurde im Jahre 1769 durch Friedrich den Grofsen in Schlesien unter den Rittergutsbesitzern ins Leben gerufen[2]. Bald erfolgte die Bildung ähnlicher ritterschaftlicher Landschaften in anderen preufsischen Provinzen[3]. Andere deutsche Staaten ahmten das preufsische Vorbild nach[4]. Mehr und mehr wurden sodann diese Verbände auf andere Klassen von Landgütern ausgedehnt[5] oder von vornherein Verbände auf breiterer Grundlage errichtet[6]. Vereinzelt wurden ähnliche Kreditvereine für den städtischen Grundbesitz geschaffen[7].

Die Landschaften und verwandten Kreditvereine haben, obschon sie auf freiwilligem Zusammenschlufs der Grundeigentümer beruhen, kraft ihrer staatlich genehmigten Satzungen die Verfassung und die Rechtsstellung öffentlicher Körperschaften, die ihre Angelegenheiten durch ihre Organe unter staatlicher Aufsicht selbständig verwalten[8]. Sie sind aber wirtschaftliche Genossen-

[2] Kab.O. v. 29. Aug. 1769, Landschaftsreglem. v. 9. Juli 1770. Zugrunde lag der vom Könige zuerst abgelehnte Plan des Kaufmanns Bühring.

[3] Landschaftsreglem. für die Ritterschaft der Kur- und Neumark v. 15. Juni 1777; f. Pommern v. 13. März 1781; f. Westpreußen v. 19. Apr. 1787; f. Ostpreußen v. 16. Febr. 1788; f. Posen 1821.

[4] So in den Hannoverschen Provinzen (Lüneburg 1791, Kalenberg-Grubenhagen-Hildesheim 1825, Bremen u. Verden 1826); in Esthland (adlige Kreditkasse zu Reval) 1803; in Schleswig-Holstein 1811; in Mecklenburg (Kreditverein der Ritterschaft) 1818; in Württemberg 1825; in Sachsen (erbländischer ritterschaftlicher Kreditverein) 1844; in Braunschweig (ritterschaftlicher Kreditverein) 1862.

[5] Zulassung von Bauerhöfen oder doch größeren Bauerhöfen in Ostpreußen 1808 u. 1849; in Hannover seit 1836; in Württemberg u. K. Sachsen von vorherein. Besondere Nebenvereine für Bauergüter z. B. die neue Westpreuß. Landschaft v. 3. Mai 1861 u. die neue Pommersche Landschaft v. 1871.

[6] So der neue landschaftliche Kreditverein für Posen v. 13. Mai 1857, seit 1887 „Posener Landschaft"; der landschaftliche Kreditverband der Provinz Sachsen v. 30. Mai 1864; die im Jahre 1899 in eine öffentliche Körperschaft verwandelte Landschaft der Provinz Westfalen v. 1877; der seit 1900 zum öffentlichen Institut erhobene landschaftliche Kreditverband für die Provinz Schleswig-Holstein v. 1882.

[7] Kreditkasse für die Erben und Grundstücke in der Stadt Hamburg und deren Gebiet v. 10. Dez. 1782. Berliner Pfandbriefinstitut v. 1868.

[8] Über die weitgehenden Unterschiede der Verfassungen vgl. Gierke

Digitized by Google

schaften, deren wesentliche Aufgabe in der Beförderung des Kredits ihrer Mitglieder besteht, und treten daher behufs Erfüllung ihrer Lebensaufgabe als Gläubigerinnen und Schuldnerinnen in das Privatrecht ein. Ursprünglich mit gewaltigen Privilegien ausgerüstet, haben sie auch nach deren Abschwächung zum Teil ein Sonderrecht bewahrt, das dem neuen bürgerlichen Recht gegenüber in Kraft geblieben ist[9].

Als Gläubigerin tritt die Körperschaft ihren Mitgliedern gegenüber, indem sie die ihr einverleibten Grundstücke bis zu einer bestimmten Beleihungsgrenze innerhab des nach festen Grundsätzen ermittelten Schätzungswertes beleiht[10]. Auf die Beleihung hat jedes Mitglied ein genossenschaftliches Sonderrecht[11]. Schuldner des zum statutarischen Satz verzinslichen „Pfandbriefdarlehens" ist der jedesmalige Eigentümer des beliehenen Grundstücks, das zugleich mit einer erststelligen Hypothek zugunsten der Körperschaft belastet wird[12]. Die Zinsen und sonstigen satzungsmäfsigen Leistungen sind an die Körperschaft abzuführen. Eine Kündigung der Schuld seitens der Körperschaft ist für die Regel ausgeschlossen[13]. Dagegen erfolgt nach neuerem Recht die Tilgung der Schuld im Wege satzungsmäfsig vorgeschriebener Amortisation durch einen als Teil der Zinsen erhobenen Zuschlag[14]. In Höhe

---

a. a. O. S. 1070 ff. — Die öffentlichrechtliche Natur der Landschaften bestreitet G. Meyer § 155. Vgl. aber Rosin, Öff. Genoss. S. 92 Anm. 68a, E. Löning § 166, Gierke, Genossenschaftsth. S. 167 Anm. 1.

[9] E.G. zum B.G.B. Art. 167, Grdb.O. § 83, E.G. zum Zw.V.G. § 2; dazu Preufs. A.G zur Grdb.O. Art. 21, A.G. z. Zw.V.G. Art. 12 u. 34.

[10] Über das Schätzungsverfahren vgl. Gierke, Art. „Taxation der Grundstücke" in Holtzendorffs Rechtslex. III 855 ff., 858 ff. Die Beleihungsgrenze betrug ursprünglich meist nur die Hälfte, heute zwei Drittel; Hermes S. 459.

[11] Gierke, Genossenschaftstheorie S. 334 Anm. 2; Hermes S. 457 Z. 4.

[12] Hinsichtlich der Eintragung gelten satzungsmäfsige Vorschriften, die das Preufs. A.G. z. Grdb.O. Art. 21 aufrecht erhält. Vgl. auch B.G.B § 1115 Abs. 2.

[13] Nur bei Gutsverschlechterung und bei Übergang des Grundstücks an eine zur Mitgliedschaft nicht fähige Person kann die Landschaft kündigen; v. Brünneck a. a. O. XXVIII 485. — Dem Grundbesitzer steht das Kündigungsrecht zu.

[14] Die Amortisation, die bei der Hamburger Kreditkasse von vornherein stattfand, dagegen den alten preufsischen Landschaften fremd war, wurde in Preufsen zuerst bei der Posener Landschaft von 1821 (nach vollendeter Amortisation 1878 aufgelöst) vorgesehen und später allgemein eingeführt. Die Höhe des Amortisationszuschlags und die Art der Tilgung sind mannig-

Digitized by Google

der getilgten Schuldteile verwandelt sich die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld. Allein diese ist satzungsmäfsig gebunden. Erst wenn sie eine bestimmte Höhe (meist ein Zehntel des Kapitals) erreicht hat, kann der Eigentümer Löschung oder Umschreibung der Hypothek für den entsprechenden Teilbetrag verlangen[15]. Im übrigen ist sie der Verfügung des Eigentümers entzogen und als untrennbares Zubehör mit dem belasteten Grundstück verbunden[16] In Ansehung der Befriedigung aus dem Grundstück wegen unterbliebener Leistungen steigern sich die Privilegien der preufsischen Landschaften bis zu einem eignen Vollstreckungsrechte[17].

Zur Schuldnerin wird die Körperschaft durch die Ausgabe verzinslicher Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die als Pfandbriefe bezeichnet werden und einen Gegenstand des börsenmäfsigen Verkehrs bilden. Sie sind das Mittel zur Beschaffung des erforderlichen Kapitals. In Pfandbriefen wird das Pfandbriefdarlehen dem Grundeigenthümer gegeben und ist es eintretenden Falls zurückzuerstatten. Gewöhnlich empfängt er die Pfandbriefe zu eigner Verwertung[18]. Der jeweilige Pfandbriefinhaber ist Gläubiger der Körperschaft und kann von ihr die Zahlung der Zinsen verlangen. Dagegen hat er nach neuerem Recht kein Kündigungs-

---

fach verschieden geregelt. Meist dient der ganze Überschufs der Schuldzinsen über die Pfandbriefzinsen der Amortisation, bisweilen aber wird ein Abzug für Verwaltungskosten gemacht. Der Eigentümer ist zu verstärkten Amortisationszahlungen befugt. Vgl. Dernburg, H.R. II 27 ff., Hermes S. 460.

[15] Nach den neueren Satzungen hat er auch das Recht, an Stelle des getilgten Betrags neue Beleihung zu verlangen.

[16] Preufs. Kab.O. v. 15. Nov. 1844; R.Ger. I Nr. 132 u. Nr. 141, III Nr. 63, XII Nr. 65, XXIV Nr. 63. Das Anteilsrecht ist daher für sich unübertragbar und unpfändbar.

[17] Preufs. G. v. 3. Aug. 1897. Die Landschaft kann auf Grund landesherrlich genehmigter Satzungsbestimmung die Zwangs- und Arrestvollstreckung in das bewegliche Vermögen und die Zwangsverwaltung des Grundstücks selbst vollziehen. Ihr Antrag auf Zwangsversteigerung ersetzt den vollstreckbaren Schuldtitel. Sie kann auf gerichtliches Ersuchen auch die Zwangsverwaltung nicht von ihr beliehener Grundstücke besorgen. Vgl. R.Ger. IX Nr. 85, XXIV Nr. 61. Auch materielle Vorrechte hinsichtlich der Befriedigung wegen Kosten und Ausgaben sind den Landschaften verblieben; Preufs. A.G. z. Zw.V.G. Art. 12. Nur die Vorrechte wegen älterer als zweijähriger Zinsrückstände sind weggefallen; E.G. z. Zw.V.G. § 2 Abs. 2.

[18] Der Grundbesitzer empfängt hierbei die Dalehnsvaluta in Wertpapieren. die als solche in sein Eigentum übergehen; R.Ger. XXIV Nr. 20. Auch bei den alten Pfandbriefen war es nicht anders; a. M. v. Brünneck a. a. O. XXVIII 325 ff., Dernburg a. a. O. S. 20.

Digitized by Google

recht[19]. Eine Einlösung der Pfandbriefe erfolgt nach Verhältnis der Tilgung der auf den Grundstücken lastenden Schulden[20]. Die älteren Pfandbriefe wurden mit einem im Grundbuch eingetragenen Spezialpfandrechte an dem Grundstücke, für das sie ausgegeben waren, ausgerüstet und stellten sich somit als wahre Inhaberhypotheken dar[21]. Gleichzeitig aber wurden sie durch eine solidarische Mithaftung sämtlicher einverleibter Grundstücke gesichert[22]. Dagegen ist mit den neueren Pfandbriefen ein Grundpfandrecht an einem bestimmten Gute nicht mehr verbunden[23]. Die satzungsmäfsige Gesamthaftung der einverleibten Grundstücke besteht in den alten Landschaften fort[24]. Bei Neubildungen aber wurde auch

---

[19] Ursprünglich konnte er so gut wie die Landschaft halbjährig kündigen; Dernburg a. a. O. S. 23 ff., Hermes S. 459.

[20] Teils auf Grund regelmäfsiger Auslosung, teils nach besonderer Kündigung seitens der Körperschaft.

[21] Das Spezialpfandrecht war nicht, wie v. Brünneck a. a. O. S. 510 meint, ein Afterpfandrecht, sondern eine Hypothek am Grundstück, die mit der (damals nicht besonders eingetragenen) Hypothek der Landschaft konkurrierte und im Kollisionsfall ihr vorging; Rabe I 34, Dernburg S. 22 u. 24 ff. Es war jedoch mit einer Forderung gegen den Grundeigentümer nicht verbunden, da dieser zwar, so lange er Eigentümer war, der Landschaft persönlich haftete (v. Brünneck S. 334), dem Pfandbriefgläubiger aber nichts schuldete. Vielmehr war es eine Hypothek für die Forderung gegen die Landschaft als persönliche Schuldnerin von Kapital und Zinsen. A. M. Dernburg S. 25, der es als selbständige Belastung (Grundschuld) auffafst.

[22] Vgl. v. Brünneck a. a. O. S. 528 ff., Dernburg S. 15 ff. Die genossenschaftliche Garantie belastet in Schlesien, Ost- und Westpreufsen und Pommern (aufser Neuvorpommern) alle beleihungsfähigen, in der Mark und Neuvorpommern nur die wirklich beliehenen Güter. Ihrer rechtlichen Natur nach erscheint sie als eine Generalhypothek. Eine Eintragung in das Grundbuch wurde vereinzelt vorgeschrieben; v. Brünneck a. a. O. XXIX 187, Dernburg S. 22 Anm. 10.

[23] Als der im Jahre 1857 errichtete neue Kreditverein für Posen Inhaberpapiere ohne Spezialhypothek ausgab, vermied man, sie „Pfandbriefe“ zu nennen, und sagte „Kreditscheine“. Aber noch in demselben Jahre liefs man in Pommern und bald darauf in den übrigen Landschaften die Spezialhypothek unter Beibehaltung des Namens „Pandbriefe“ fallen. Dieses Beispiel fand allgemeine Nachahmung.

[24] Oben Anm. 22. Die Tragweite der Generalgarantie ist zweifelhaft. Schwerlich gewährt sie den Pfandbriefgläubigern ein Recht, eintretenden Falls sich unmittelbar an die Grundstücke zu halten. Vielmehr würden sie wohl nur von der Landschaft Deckung des Ausfalls durch Umlage auf die Grundstücke verlangen können. Vgl. v. Brünneck a. a. O. XXVIII 531, Dernburg S. 15 Anm. 5.

Digitized by Google

sie aufgegeben[25]. Die Pfandbriefe gewähren daher überhaupt kein dingliches Recht mehr, sondern verbriefen lediglich eine Forderung an die Körperschaft, deren Vermögen einschliefslich der zu ihm gehörenden Grundpfandrechte in gleicher Weise für diese wie für andere Forderungen haftet[26]. Die Sicherheit der Pfandbriefe wird hier lediglich durch die satzungsmäfsigen Vorschriften verbürgt, die für möglichste Erhaltung des Gleichgewichts zwischen den umlaufenden Pfandbriefen und den eingetragenen Grundpfandrechten sorgen[27].

Unter einer Anzahl preufsischer Landschaften besteht auf Grund eines staatlich bestätigten Statuts vom 21. Mai 1873 ein als Zentrallandschaft bezeichneter Verband, der auf Wunsch des von einer Landschaft beliehenen Grundeigentümers zur Deckung des Pfandbriefdarlehens anstatt der provinziellen Pfandbriefe Zentralpfandbriefe ausgibt[28].

2. Nach dem Vorbilde der Landschaften sind mehrfach auch private Pfandbriefgenossenschaften von Grundbesitzern errichtet[29]. Manche von ihnen sind später in öffentliche Verbände

---

[25] So schon im Sächs. Kreditverbande von 1864 u. dem Berliner Pfandbriefinstitut v. 1868; Gierke a. a. O. S. 1073.

[26] Einzelne Satzungen sprechen allerdings eine ausschliefsliche Haftung der zugrunde liegenden Hypotheken für die Pfandbriefforderungen aus. Doch ist die pfandrechtliche Wirksamkeit in Ermangelung der nach E.G. z. K.O. § 17 erforderlichen Einrichtungen zweifelhaft. Seit dem 1. Jan. 1900 kann jedenfalls daraus ein Pfandrecht nicht entstehen. Wohl aber kann ein Vorzugsrecht im Sinne des Hypothekenbankgesetzes landesgesetzlich eingeführt werden; unten S. 955 Anm. 63.

[27] Nach den älteren Satzungen bedürfen oft die Pfandbriefe der Mitvollziehung durch eine Kontrollkommission, die sich von dem Vorhandensein eines gleich hohen Hypothekenbetrags zu überzeugen hat. Auch wird in das Grundbuch ein Sperrvermerk eingetragen, der die Löschung oder Abtretung der Hypothek von dem Nachweise abhängig macht, dafs ein gleich hoher Betrag von Hypotheken aus dem Verkehr gezogen ist. Die neueren Verbände begnügen sich mit der Verantwortlichkeit des Vorstandes. Vgl. Dernburg S. 31, Hermes S. 451.

[28] Schuldnerin der Pfandbriefgläubiger wird hier allein die Zentrallandschaft, während allein die Provinziallandschaft Gläubigerin aus dem Pfandbriefdarlehen ist, die Zinsen vom Grundeigentümer empfängt und die Amortisation besorgt. Vgl. v. Brünneck a. a. O. XXIX 514 ff., Dernburg S. 35 ff., Hermes S. 461.

[29] So der Danziger Hypothekenverein von 1868, die Stettiner National-Hypotheken-Kreditgesellschaft v. 1870, der landwirtschaftliche Kreditverein im K. Sachsen von 1866 und die Bayrische landwirtschaftliche Bank von 1896. Hermes S. 466 Z. 10.

Digitized by Google

umgewandelt[30]. Die privaten Kreditgenossenschaften bedurften der Staatsgenehmigung, um das Recht zur Ausgabe von Pfandbriefen zu erlangen, und konnten daher der Staatsaufsicht unterstellt werden. Für Neubildungen dieser Art steht ohnehin nur die Form eines Vereines des bürgerlichen Rechts offen, der die für ihn unentbehrliche Rechtsfähigkeit, weil sein Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, lediglich durch staatliche Verleihung erwerben kann[31].

III. Pfandbriefanstalten sind Verbandspersonen, die den Grundeigentümern einen durch Ausgabe von Pfandbriefen beschafften Realkredit gewähren, ohne die beliehenen Grundeigentümer mit einander rechtlich zu verbinden.

1. Öffentliche Pfandbriefanstalten sind die vielfach bestehenden staatlichen oder kommunalen Landeskreditkassen (Landeskreditanstalten, Landbanken), wenn und soweit sie nach ihren Satzungen Grundstücke hypothekarisch beleihen und die hierfür erforderlichen Mittel durch die Ausgabe von Schuldverschreibungen auf den Inhaber aufbringen[32]. Ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den von der Anstalt erworbenen Grundpfandrechten und den von ihr übernommenen Schuldverbindlichkeiten pflegt hier ganz oder fast ganz zu fehlen[33].

---

[30] Vgl. oben Anm. 7.

[31] B.G.B. § 22. Die bisher mehrfach verwandte Form der eingetragenen Genossenschaft ist durch das Hypothekenbankges. § 2 ausgeschlossen.

[32] So die Landeskreditkasse in Kassel v. 1832, die Landesbank in Wiesbaden von 1840, die Landeskreditanstalt in Hannover v. 1842, die kommunalständische Bank in Bautzen v. 1844, die Landeskreditanstalten in Meiningen v. 1849 und in Gotha v. 1853, die Landeskreditkassen in Rudolstadt v. 1855, Weimar v. 1869 u. Sondershausen v. 1883, die Landesbanken der Rheinprovinz v. 1888 und Westfalens seit 1894, die Landeskreditkasse zu Darmstadt v. 1890; von 1835 bis 1850 auch das Kreditinstitut für Schlesien. Vgl. Gierke a. a. O. S. 1066 Anm. 74, Hecht, Handwörterb. V 443 ff. — Diese Anstalten erfüllen zum Teil auch die Aufgaben von Rentenbanken zur Vermittlung der Grundentlastung (oben § 149 S. 737 Anm. 103) und von Landeskulturrentenbanken zur Gewährung von Meliorationskredit (oben § 151 S. 765 Anm. 66, § 157 S. 839 Anm. 4) und sind mitunter auch zu sonstigen Kredit- und Geldgeschäften ermächtigt.

[33] Das Darlehen wird meist bar gegeben, die Schuldverschreibungen begründen, auch wenn sie Pfandbriefe heißen, nur eine persönliche, zum Teil von Staat oder Provinz garantierte Schuld der Anstalt. Einzelne Anstalten begeben überhaupt nicht eigne, sondern (wie die Darmstädter Landeskreditkasse) staatliche oder (wie die Landesbanken für die Rheinprovinz und für Westfalen) provinzielle Schuldverschreibungen. Soweit aber eine besondere Haftung der Anstaltshypotheken für ausgegebene Pfandbriefe besteht, gilt Gleiches, wie bei Kreditgenossenschaften; oben Anm. 26, unten Anm. 63.

Digitized by Google

2. Private Pfandbriefanstalten sind die seit der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts in wachsender Zahl errichteten Hypothekenbanken, die das Pfandbriefgeschäft als Erwerbsgeschäft betreiben[34]. Sie sind durch das Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899 reichsrechtlich geregelt[35]. Hypothekenbanken sind hiernach Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, bei denen der Gegenstand des Unternehmens in der hypothekarischen Beleihung von Grundstücken und der Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Grund der erworbenen Hypotheken oder Grundschulden besteht[36]. Offenen Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, eingetragenen Genossenschaften und Einzelpersonen ist der Betrieb eines derartigen Unternehmens überhaupt untersagt[37]. Die Hypothekenbanken bedürfen zur Ausübung ihres Geschäftsbetriebes der staatlichen Genehmigung[38] und sind in ihrem gesamten Geschäftsbetriebe der Staatsaufsicht unterworfen[39]. Auch sind sie hinsichtlich des Betriebes anderer Geschäfte beschränkt[40].

Bei der Beleihung von Grundstücken mufs die Hypothekenbank, wenn das Darlehen als Pfandbriefdarlehen gelten soll, gesetzliche Normativbestimmungen hinsichtlich der Beleihungsgrenze und

---

[34] Vgl. die Übersicht der deutschen Hypothekenbanken b. Hecht, Handwörterb. IV 1252 ff.; ausländische S. 1255 ff.

[35] Kommentar v. H. Göppert, Berlin 1900.

[36] H.B.G. § 1 u. § 40. Die Schuldverschreibungen lauten regelmäfsig auf den Inhaber, können aber auch Rektapapiere oder Orderpapiere sein.

[37] H.B.G. § 2; Strafe nach § 39. Eine Ausnahme gilt für eingetragene Genossenschaften, die vor dem 1. Mai 1898 das Pfandbriefgeschäft betrieben haben; H.B.G. § 45 Abs. 2, oben Anm. 31. — Juristische Personen des öffentlichen Rechts und wirtschaftliche Vereine des bürgerlichen Rechts können ein Pfandbriefunternehmen betreiben (vgl. oben II 1—2 u. III 1), sind aber keine Hypothekenbanken.

[38] H.B.G. § 1. Auch eine Änderung ihrer Satzungen ist genehmigungsbedürftig. Dies gilt nach § 45 auch für ältere Hypothekenbanken, die einer Konzession nicht bedürfen.

[39] H.B.G. § 3—4.

[40] H.B.G. § 5 mit den für ältere Hypothekenbanken mit weiterem Geschäftsbetrieb geltenden Sondervorschriften in § 46—47. Zulässig ist namentlich der Betrieb zweier dem Pfandbriefgeschäft verwandter Geschäfte: 1. Gewährung nicht hypothekarischer Darlehen an inländische Körperschaften des öffentlichen Rechts und Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Grund der so erworbenen Forderungen (Kommunalobligationen); 2. Beleihung von inländischen Kleinbahnen gegen Verpfändung der Bahn und Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Grund der so erworbenen Forderungen (Bahnpfandbriefe). Diese Geschäfte sind in § 41 u. 42 geregelt.

Digitized by Google

der Wertermittlung einhalten[41]. Sie kann sich Hypothek oder Grundschuld bestellen lassen[42]. Die Darlehnsvaluta hat sie regelmäſsig bar zu gewähren; nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Schuldners ist auf Grund satzungsmäſsiger Gestattung die Gewährung in Pfandbriefen zum Nennwerte zulässig[43]. Die Grundzüge der Darlehnsbedingungen sind von der Hypothekenbank festzustellen und bedürfen staatlicher Genehmigung[44]. Der Bank darf das Recht auf vorzeitige Befriedigung nur innerhalb bestimmter gesetzlicher Schranken vorbehalten und bei Amortisationshypotheken ein Kündigungsrecht nicht eingeräumt werden[45]. Dem Schuldner ist das Recht, ganz oder teilweise zu kündigen, stets zu gewähren[46].

Das Recht zur Ausgabe von Hypothekenpfandbriefen ist in doppelter Weise beschränkt, indem einerseits der Gesamtbetrag der umlaufenden Pfandbriefe stets durch Grundpfandrechte von mindestens gleicher Höhe und gleichem Zinsertrage gedeckt sein soll[47], andererseits ein nach dem Bankkapital bemessener

---

[41] H.B.G. § 10—12. Die Beleihungsgrenze beträgt 3/5, kann aber bei landwirtschaftlichen Grundstücken bis zu 2/3 hinaufgerückt werden. Bei höherer Beleihung gilt der Mehrbetrag nicht als Pfandbriefdeckung; § 23 Abs. 2.

[42] Und zwar Brief- oder Buchgrundpfandrecht. Nicht aber Rentenschuld oder Rentenreallast. Übergangsbestimmungen über Schuldverschreibungen auf Grund älterer als Reallasten eingetragener Rentenforderungen (Grundrentenbriefe) in § 52.

[43] Dann ist aber dem Schuldner auch urkundlich das Recht zu gewähren, nach seiner Wahl in Geld oder Pfandbriefen zum Nennwert zurückzuzahlen; H.B.G. § 14.

[44] H.B.G. § 15; Kundmachung in Prospekten und Formularen nach § 16.

[45] H.B.G. § 17 u. 19. Die gesetzlichen Rechte aus B.G.B. § 1133 u. 1135 sind für Hypothekenbanken im Falle unverschuldeter Gutsverschlechterung durch § 17 Abs. 1 beschränkt. Für die Amortisationsbedingungen gelten Normativbestimmungen; § 19—21.

[46] H B.G. § 18. Ausschluſs des Rechts der Rückzahlung ist nur für 10 Jahre, Verlängerung der Kündigungsfrist ist nur auf 6 Monate oder, wenn die Bank kündigen kann, die ihr eingeräumte kürzere Frist zulässig. Eine Beschränkung des Rechts zu Teilrückzahlungen ist bei Amortisationshypotheken in gewissen Grenzen zulässig; § 21 Abs. 1. — Die Beschränkungen der Vertragsfreiheit durch § 17—21 gelten nicht für ältere Verträge; § 49.

[47] H.B.G. § 6. Von den zur Deckung verwandten Grundpfandrechten an landwirtschaftlichen Grundstücken muſs mindestens die Hälfte aus Amortisationshypotheken bestehen. Eine nicht sofort zu beseitigende Störung des Gleichgewichts ist vorläufig durch Verwendung von Reichs- oder Staatsschuldverschreibungen oder von Geld zur Deckung auszugleichen.

Digitized by Google

Höchstbetrag nicht überschritten werden darf[48]. Das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Pfandbriefgläubiger ist in jedem Pfandbriefe gehörig ersichtlich zu machen; dem Pfandgläubiger darf ein Kündigungsrecht nicht eingeräumt, der Bank mufs die Kündigung vorbehalten werden[49]. Die Pfandbriefe gewähren trotz ihres Namens nicht nur kein Grundpfandrecht, sondern auch kein Pfandrecht an den zugrunde liegenden Grundpfandrechten. Allein die Pfandbriefforderungen sind mit einem Vorzugsrechte hinsichtlich der Befriedigung aus den zu ihrer Deckung bestimmten Hypotheken und Grundschulden und den zu zeitweiliger Ersatzdeckung erworbenen Wertpapieren und Geldern ausgerüstet. Das Vorzugsrecht wird an den einzelnen der Bank zustehenden Grundpfandrechten und Wertpapieren durch die Eintragung in ein von der Bank geführtes Hypothekenregister begründet und dauert so lange fort, als die Gegenstände zum Vermögen der Bank gehören und nicht eine wirksame Löschung im Register erfolgt ist[50]. Zur Sicherung des Vorzugsrechtes der Pfandbriefgläubiger wird von der Aufsichtsbehörde ein Treuhänder bestellt[51]. Der Treuhänder hat darüber zu wachen, dafs die Bank die ihr im Interesse der Pfandbriefgläubiger auferlegten gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt und unzulässige Verfügungen über die zur Deckung der Pfandbriefe bestimmten Gegenstände unterläfst[52]. Er hat ins-

---

[48] H.B.G. § 7 (das Fünfzehnfache des Grundkapitals und eines qualifizierten Reservefonds). Sondervorschriften für ältere Hypothekenbanken in § 46 Abs. 2 bis 3 u. § 48.

[49] H.B.G. § 8. Ein Verzicht der Bank auf das Recht zur Rückzahlung ist höchstens für 10 Jahre (entsprechend der Frist, für die sich der Grundpfandschuldner des Rechts zur Rückzahlung begeben kann, oben Anm. 46) zulässig. Hypothekenpfandbriefe, deren Einlösungswert den Nennwert übersteigt, sind verboten; § 9.

[50] H.B.G. § 22 Abs. 1, § 35. Das Vorzugsrecht ergreift die eingetragenen Gegenstände zum vollen Betrage, auch wenn ein Teil nicht mehr als Pfandbriefdeckung in Ansatz kommt (oben Anm. 41). Die Aufsichtsbehörde ist von den Eintragungen in Kenntnis zu setzen; § 22 Abs. 2. Jährlich ist eine Gesamtübersicht zu veröffentlichen; § 23. — Hinsichtlich der Gelder tritt an Stelle der Eintragung die Verwahrung durch den Treuhänder; § 35. — Sondervorschriften über Buchführung, Bilanzen, Geschäftsberichte und sonstige Nachweisungen in § 24—28.

[51] H.B.G. § 29. Bei jeder Hypothekenbank ist ein Treuhänder und ein Stellvertreter nach Anhörung der Bank zu bestellen. Die Bestellung ist jederzeit widerruflich. — Vergütungsanspruch gegen die Bank nach § 34.

[52] Recht der Kenntnisnahme und Anzeigepflicht der Bank nach § 32. Darüber steht die Staatsaufsicht; die Aufsichtsbehörde entscheidet auch Streitigkeiten zwischen dem Treuhänder und der Bank; § 33. Aufserdem werden die

Digitized by Google

besondere darauf zu achten, daſs die vorschriftsmäſsige Deckung jederzeit vorhanden ist und die erforderlichen Eintragungen im Hypothekenregister stattfinden[53]. Zu jeder Löschung im Register ist seine Zustimmung erforderlich[54]. Vor allem aber hat er die Urkunden über die im Register eingetragenen Grundpfandrechte (Hypotheken- und Grundschuldbriefe oder sonst zur Verfügung erforderliche Urkunden), sowie die eingetragenen Wertpapiere und die zur Deckung gehörigen Gelder unter Mitverschluſs der Bank zu verwahren und darf sie nur in den gesetzlich bestimmten Fällen herausgeben[55]. Der Treuhänder übt somit im Interesse der Pfandbriefgläubiger eine ihm staatlich verliehene selbständige privatrechtliche Macht über die zur Sicherung der Pfandbriefe bestimmten Grundpfandrechte und sonstigen Vermögensgegenstände aus. Dabei steht er nicht nur der durch ihn in ihrer Vermögensherrschaft beschränkten schuldnerischen Bank, sondern auch den Gläubigern vollkommen unabhängig gegenüber. Bilden die Pfandbriefgläubiger einen Verband, so erstrecken sich die Befugnisse der Gläubigerversammlung und eines von ihr gewählten Vertreters nur auf solche Gläubigerrechte, die nicht in seinen Wirkungsbereich fallen[56]. Immer aber sind es materiell Gläubigerrechte, die er kraft der ihm übertragenen Mitherrschaft über den gebundenen Teil des Bankvermögens wahrzunehmen hat. Darum endet seine Rechtsmacht, sobald das Vorzugsrecht der Pfandbriefgläubiger, zu dessen Begründung, Erhaltung und Sicherung alle ihm anvertrauten Rechte als Hülfsrechte dienen, durch Eröffnung des Konkurses

---

Pfandbriefgläubiger durch Strafdrohungen gegen den Treuhänder und gegen Alle, die durch Ausgabe ungedeckter Pfandbriefe oder durch Entziehung der dem Vorzugsrecht unterworfenen Gegenstände die Sicherheit der Pfandbriefe schmälern, geschützt; § 36—38.

[53] H.B.G. § 30 Abs. 1—3. Jeden Hypothekenpfandbrief hat er vor der Ausgabe mit einer Bescheinigung über vorhandene Deckung und Eintragung in das Register zu versehen. Ausgabe ohne solche Bescheinigung ist strafbar; § 38.

[54] H.B.G. § 30 Abs. 4. Löschung ohne gehörige Zustimmung beendigt das Vorzugsrecht nicht.

[55] H.B.G. § 31. Zur Herausgabe ist er auf Verlangen der Bank verpflichtet, wenn genügende anderweite Deckung vorhanden ist oder beschafft wird. Unabhängig hiervon muſs er Hypotheken- und Grundschuldurkunden herausgeben, wenn der Pfandschuldner einen gesetzlichen Anspruch auf Aushändigung oder Vorlegung hat. Aber auch, was sich als verhängnisvoll erwiesen hat, wenn die Bank der Urkunde zu vorübergehendem Gebrauch bedarf.

[56] Gemäſs Schuldv.G. v. 4. Dez. 1899; Göppert S. 56.

Digitized by Google

über das Vermögen der Hypothekenbank in Wirksamkeit tritt[57]. Nunmehr erfolgt im Konkursverfahren die Geltendmachung der Pfandbriefforderungen mit dem ihnen in Ansehung der Befriedigung aus den ins Register eingetragenen Grundpfandrechten und Wertpapieren und den vom Treuhänder mitverwahrten Geldern zustehenden Vorrechte vor den Forderungen aller anderen Konkursgläubiger[58]. So ist das Vorzugsrecht der Pfandbriefgläubiger, indem es ungleich anderen Konkursvorrechten sich nur auf bestimmte Vermögensgegenstände erstreckt, diese aber von vornherein in eine die Vorzugsbefriedigung gewährleistende Gebundenheit versetzt, einem Pfandrechte genähert. Allein es ist kein Pfandrecht[59]. Wenn bisher auf Grund reichsgesetzlicher Ermächtigung einzelne Landesgesetze den Inhabern von Pfandbriefen und ähnlichen Schuldverschreibungen ein wirkliches Pfandrecht an den zur Deckung bestimmten Vermögensgegenständen gewährten, das durch Gewahrsam eines Pfandhalters an den Rechtsurkunden und den körperlichen Sachen oder durch Vermerk auf den Rechtsurkunden vermittelt wurde[60], so ist dem geltenden Recht ein derartiges Pfandrecht fremd[61]. Dafür ist das Vorzugsrecht der Hypothekenpfandbriefe reichsgesetzlich auf die von Hypothekenbanken ausgegebenen

---

[57] Er hat seinen Mitverwahrungsbesitz dem Konkursverwalter zu übertragen.

[58] H.B.G. § 35. Die Pfandbriefgläubiger haben untereinander gleichen Rang. An die übrige Konkursmasse können sie sich gleich Absonderungsberechtigten nur wegen des Ausfalls oder bei Verzicht auf ihr Vorrecht halten. Der auf eigne Hypothekenpfandbriefe der Bank fallende Anteil am Erlös der Vorzugsmasse kommt der übrigen Konkursmasse zugute. Die Kosten einer nach G. v. 4. Dez. 1898 § 18—19 berufenen Versammlung der Pfandbriefgläubiger fallen der Vorzugsmasse zur Last.

[59] Dies zeigt sich namentlich darin, daß nach H.B.G. § 31 Abs. 2 S. 2 der Treuhänder gegenüber dem Schuldner der in das Register eingetragenen Hypotheken und Grundschulden nicht die dingliche Rechtsstellung hat, die er haben müßte, wenn er Pfandhalter wäre; daß eine Verfügung der Bank über die eingetragenen Vermögensgegenstände oder deren Pfändung durch einen Dritten an sich wirksam ist und das Vorzugsrecht mit dem, wenn auch ungehörigen, Ausscheiden des Gegenstandes aus dem Vermögen der Bank erlischt; daß auch im Konkurse das Vorzugsrecht anders, als ein Absonderungsrecht, wirkt (vgl. über die Unterschiede Göppert S. 73).

[60] So auf Grund E.G. z. K.O. § 17 Z. 1—2 die Ges. f. Koburg-Gotha v. 12. Apr. 1885, Baden v. 12. April 1892, Elsaß-Lothr. v. 22. Mai 1893, Mecklenb. v. 27. Febr. 1894 (Strelitz 21. März), Sondersh. v. 15. Jan. 1896.

[61] H.B.G. § 43. Bei Hypothekenpfandbriefen sind auch die früher erworbenen Pfandrechte aufgehoben und durch das reichsgesetzliche Vorzugsrecht ersetzt; § 53. Im übrigen bestehen die nach Landesrecht erworbenen

Digitized by Google

Kommunalobligationen und Kleinbahnobligationen ausgedehnt[62] und kann landesgesetzlich auch für Pfandbriefe der nicht zu den Hypothekenbanken gehörenden Pfandbriefverbände gewährt werden[63].

Siebenter Titel.

Das Fahrnispfandrecht.

§ 169. Geschichtliche Entwicklung des Fahrnispfandrechts.

I. Älteres deutsches Recht[1]. Das Pfandrecht als ein vom Eigentum verschiedenes dingliches Recht scheint, wie oben (§ 155) bereits bemerkt ist, zuerst im Fahrnisrecht entstanden zu sein. Schon zur Zeit der Volksrechte gewährte die allgemein übliche rechtsgeschäftliche Hingabe einer beweglichen Sache als wadium für eine Schuld dem Gläubiger kein Eigentum, sondern ein besonders geartetes Recht an der Sache[2]. Aber auch die einseitige Wegnahme einer beweglichen Sache als pant hatte wenigstens

---

Pfandrechte fort, ihre Neubegründung aber ist seit dem 1. Jan. 1900 ausgeschlossen.

[62] H.B.G. § 41—42, oben Anm. 40. An Stelle der Grundpfandrechte treten hier die Darlehnsforderungen an die öffentliche Körperschaft oder die durch Bahnpfandrecht gesicherten Darlehnsforderungen an den Kleinbahnunternehmer nebst den sie verbriefenden Urkunden.

[63] E.G. z. K.O. § 17 Abs. 1 in der Fassung des H.B.G. § 43. Vgl. oben Anm. 26, 28, 31, 33, 37.

[1] Albrecht, Gewere S. 130 ff. v. Meibom, Pfandrecht S. 248 ff. Franken, Geschichte des französischen Pfandrechts I 209 ff. Planck, Gerichtsv. II 336 ff. v. Schwind, Wesen u. Inhalt des Pfandrechts S. 7 ff. Puntschart, Schuldvertrag u. Treugelöbnis S. 232 ff. H. Meyer, Neue Satzung von Fahrnis und Schiffen, Jena 1903. Stobbe II § 154, Stobbe-Lehmann II 2 § 164. Heusler, Inst. II § 116—117. Schröder, R.G. S. 273 ff., 711 ff. Schweiz. R. b. Huber IV 816 ff. Nord. R. b. v. Amira, O.R. I 213 ff., II 222 ff. Auch die oben Bd. I 338 Anm. 14 angef. Literatur über die eigenmächtige Pfändung.

[2] Vgl. v. Meibom S. 250 ff.; Schröder S. 274. Nach l. Alam. 83, 2 u. l. Fris. add. sap. 8, 1 haftet sogar der Eigentümer noch für den vom verpfändeten Knecht oder Tier angerichteten Schaden. Der Pfandgläubiger muß, wenn der Eigentümer die Lösung anbietet, die Sache bei Strafe zurückgeben; l. Wisigoth. V, 6 c. 4. — Die wadia beim Wettvertrage gehört, obschon aus gleicher geschichtlicher Wurzel entsprungen, nicht hierher; sie begründete nicht Sachhaftung, sondern Vermögenshaftung (oben § 155 S. 811 Anm. 8) und entwickelte sich zu einem Verpflichtungsmittel, bei dem an Stelle des Lösungsrechts eine Lösungspflicht des Schuldners bestand.

Digitized by Google

im Falle der außergerichtlichen Pfändung durch den Gläubiger selbst zunächst nur pfandrechtliche Wirkungen[3]. Der Begriff des Pfandrechts wurde dann in das Liegenschaftsrecht verpflanzt und hier vor allem fortgebildet. Daneben aber erhielt er sich im Fahrnisrecht und erfuhr in diesem eine selbständige Ausgestaltung.

1. Faustpfandrecht. Das eigentliche Fahrnispfandrecht blieb ein an die Erscheinung in leiblicher Gewere gebundenes Faustpfandrecht. Seinen Gegenstand bildeten einzelne vom Gläubiger in Gewahrsam genommene leblose Sachen („Schreinspfand", „Kistenpfand") oder Tiere („essendes Pfand"). Die rechtsgeschäftliche Pfandsetzung forderte nicht die Förmlichkeiten der liegenschaftlichen Satzung, aber die leibliche Übergabe der Sache[4]. Zur einseitigen Pfandnahme bedurfte es der Besitzergreifung[5]. Wurde dem Schuldner der Besitz belassen oder zurückerstattet, so entbehrte die Verpfändung der sachenrechtlichen Kraft[6].

Die Pfandgewere verschaffte dem Pfandgläubiger ein dingliches Recht. Zum Unterschiede vom Liegenschaftsrechte aber gelangten dabei die Beschränkungen der Fahrnisverfolgung durch den Satz „Hand wahre Hand" zur Geltung. Sie kamen einerseits dem Pfandgläubiger zugute, wenn er die Pfandgewere vom Nichteigentümer erworben hatte[7]. Andererseits erschwerten

[3] Die außergerichtliche Pfandnahme (oben Bd. I 338 ff.) beläßt dem Schuldner Eigentum und Einlösungsrecht; Brunner, R.G. II 450 ff. v. Schwind S. 11. Die gerichtliche Pfändung gab allerdings nach fränk. R. dem Gläubiger sofort Eigentum; Brunner S. 455. Dagegen wirkte sie nach langob. R. gleich der außergerichtlichen Pfandnahme; Ed. Roth. 251; Brunner S. 457. Später hatte sie überall zunächst pfandrechtliche Wirkungen; v. Meibom S. 78 ff., Planck II 250 ff.

[4] Ein „dare" (l. Alam. 86 § 2, Ed. Liutpr. c. 10), ein Lassen aus der eignen Gewere in die Gewere des Satzungsgläubigers (Sachsensp. Art. 60 § 1).

[5] Bei der gerichtlichen Pfändung wirkt die Wegnahme durch den Fronboten für den Gläubiger.

[6] Bremer Stat. v. 1303 ord. 48 b. Oelrichs S. 96; Bayr. Landr. v. 1346 Art. 223; Iglauer R. § 107 b. Tomaschek, Oberhof S. 83; Zürch. Ratserk. aus dem 15. Jahrh. b. Wyſs, Geschichte des Konkursprozesses der Stadt u. Landschaft Zürich S. 38; Freiburger Stadtr. v. 1520 II, 8 Abs. 1. — Ebenso beim Pfändungspfandrecht; Nordhäuser Stadtr. des 14. Jahrh. § 13 b. Förstemann III 1 S. 38: Item quicunque alium oppigneraverit et illud pignus mutuo restituerit, quod vulgariter zu borge dicitur, illud id ipsum pignus, alter si supervenerit, salvo jure pignorabit; Brünner Schöffenb. zu c. 571 S. 265. — Die abweichende Deutung dieser und ähnlicher Stellen bei H. Meyer a. a. O. S. 104 ff. beruht auf der irrigen Annahme, daß bloßes Zugriffsrecht schon Pfandrecht sei.

[7] Oben § 134 S. 558 ff.; Sachsensp. II Art. 60. Das Judenprivileg ge-

Digitized by Google

sie die Pfandrechtsverfolgung genau wie die Eigentumsverfolgung, so dafs der Pfandgläubiger zwar im Falle des unfreiwilligen Verlustes der Gewere die Sache jedem Dritten und auch dem Eigentümer abfordern, im Falle freiwilliger Weggabe der Sache aber sich nur an den, dem er sie anvertraut hatte, halten konnte.

Den wesentlichen Inhalt des Pfandrechts bildete die Haftung der Sache für eine Schuld. In dieser Hinsicht galten dieselben Grundsätze, wie nach Liegenschaftsrecht. Auch der Fahrnissatzung entsprang an sich eine reine Sachhaftung, so dafs der Gläubiger sich lediglich an das Pfand halten konnte und mit dessen Verlust oder Untergang die Schuld erlosch[8]. Der Schuldner hatte ein Lösungsrecht, keine Lösungspflicht[9]. Allein der Schuldner konnte durch „Geloben zum Pfande" eine weiterreichende Haftung übernehmen[10]. Dies wurde vielfach üblich und führte mehr und mehr zu einer gesetzlichen Verknüpfung allgemeiner Schuldhaftung mit der Sachhaftung[11].

So lange die Sache haftete, war der Pfandgläubiger berechtigt und verpflichtet, sie in Gewahrsam zu halten. Eine Befugnis zu Gebrauch und Nutzung, wie die liegenschaftliche Satzungsgewere, gab die fahrnisrechtliche Pfandgewere an sich nicht[12].

---

währte namentlich auch bei der Pfandnahme gestohlner oder verlorner Sachen den Lösungsanspruch; H. Meyer, Entwerung S. 236 ff. — Über die ungleiche Entscheidung der Frage, ob auch im Falle der Pfändung einer dem Schuldner anvertrauten fremden Sache der Satz „Hand wahre Hand" gilt, vgl. oben § 134 S. 559 Anm. 33.

[8] Es gilt alles oben § 155 S. 817 Anm. 45—48 Gesagte. Vgl. Rechtsb. n. Dist. III 17 d. 12 u. 15; Stadtr. v. Salzwedel § 80 b. Gengler, Stadtr. S. 406; v. Meibom, Pfandr. S. 282 ff.; Stobbe, Juden S. 247 ff., Krit. V.Schr. IX 295 ff.; Stobbe-Lehmann § 164 Anm. 3 u. 21 ff.; Heusler, Inst. II 202 ff.; Puntschart S. 235 ff., 251 ff., 255 ff.; nord. R. b. v. Amira I 217, II 226.

[9] Rechtsb. n. Dist. III 17 d. 19; v. Meibom S. 281 ff.; Stobbe-Lehmann Anm. 25.

[10] Rechtsb. n. Dist. III 17 d. 16 u. 19; Glosse zu Sachsensp. III Art. 5 § 5; Puntschart S. 251 ff., 464 ff.

[11] Vgl. oben § 155 S. 823 Anm. 81. — Die einseitige Pfandnahme setzt immer schon eine Haftung allgemeinerer Art voraus. Darum konnte der Pfändungspfandgläubiger, soweit das genommene Pfand nicht zureichte, sich im Wege weiterer Pfändung an das übrige Vermögen halten.

[12] Schwabensp. (L.) c. 258 b (er sol ez ouch niene riten, wan mit sinem urlobe); Bayr. Landr. Art. 243; Münch. Stadtr. Art. 42 u. 93; Kulm. R. V 34; dazu die unten Anm. 17 a. E. angef. Stellen. Vgl. Albrecht S. 133, Budde, Z. f. D.R. IX 430, Neumann, Wucher S. 181, v. Meibom S. 328 ff., Stobbe-Lehmann S. 310; Strafen b. Löning, Vertragsbruch S. 414 ff. A. M. Rückert, Unters. über das Sachenrecht S. 117 ff., Heusler II 203 u. 204, Schröder,

Digitized by Google

Vielmehr berechtigte sie nur zum Haben der Sache. Doch konnte dem Pfandherrn ein Gebrauchs- oder Nutzungsrecht eingeräumt werden[13]. Immer aber war, so lange dem Eigentümer das Lösungsrecht zustand, der Pfandgläubiger ihm gegenüber zur Gewahrsam nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Er hatte für gehörige Aufbewahrung und Erhaltung der Sache, beim essenden Pfande für Fütterung und Pflege zu sorgen[14] und durfte das Pfand nicht veräufsern oder weiterversetzen[15].

Bot der Eigentümer rechtzeitig die Lösung an oder war die Schuld erledigt, so hatte der Pfandgläubiger die Sache unversehrt zurückzugeben. War er hierzu nicht im Stande, so mufste er den Wert der Sache oder im Falle der Verschlechterung die Wertminderung ersetzen. Ursprünglich trug er unbedingt die Gefahr, so dafs er auch bei unverschuldetem Untergange oder Verlust der Sache den Eigentümer zu entschädigen und demgemäfs für einen den Betrag der Schuld übersteigenden Sachwert aufzukommen hatte[16]. Nur beim essenden Pfande wurde er frühzeitig für den Fall, dafs ohne sein Verschulden der Tod des Tieres ein-

---

R.G. S. 712 Anm. 22, S. 713 Anm. 26. — Auch die Pfandnahme gab kein Gebrauchsrecht; oben Bd. I 347 Anm. 71. Nach langob. R. erlangte der Pfandnehmer nach bestimmter Frist, aber eben erst wegen versäumter Einlösung, das Gebrauchs- und Nutzungsrecht; Brunner, R.G. II 450.

[13] Damit verband sich dann meist die Abrede, dafs die Nutzungen auf die Schuld anzurechnen seien. Eine solche Anrechnung sollte auch bei unvermeidlichen Nutzungen (z. B. von einer verpfändeten Kuh) stattfinden. Hierbei wirkte das Wucherverbot ein. Vgl. Stobbe-Lehmann Anm. 18, Schröder, R.G. S. 713 Anm. 26.

[14] Die Kosten kann er ersetzt verlangen; Rechtsb. n. Dist. III 14 d. 11, Brem. Ord. 3; v. Meibom S. 362 ff., Stobbe-Lehmann Anm. 17. — Hinsichtlich des genommenen Pfandes oben Bd. I 347 ff.

[15] Tat er es, so haftete er dem Eigentümer, der ja nach dem Satz „Hand wahre Hand" die Sache dem Dritten nicht abfordern konnte, für deren Wiederverschaffung oder (auch bei zufälligem Untergange in der fremden Gewere) für den vollen Wert; Rechtsb. n. Dist. III 14 d. 6, Heusler II 265.

[16] Sachsensp. III Art. 5 § 4: svat man aver deme manne liet oder sat, dat sal he unverderft weder bringen oder gelden na sime werde; Magdeb. R. v. 1304 Art. 88; Goslar. Stat. S. 82 Z. 30 ff.; Rechtsb. n. Dist. IV 42 d. 19; Schwabensp. (L.) c. 258 a; Glogauer Rechtsb. c. 475. Vgl. Beseler § 101 Anm. 3; Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 253 ff., Juden S. 126 ff., 246 ff., Krit. V.Schr. IX 298 ff., D.P.R. (Ausg. v. Lehmann) § 164 Anm. 21; Heusler II 203; Puntschart S. 254. A. M. Förster, Z. f. D.R. IX 101 ff., v. Meibom S. 368 ff., Schröder, R.G. S. 712. — Auch beim genommenen Pfande trägt nach Ed. Rothar. c. 252 der Gläubiger so lange die volle Gefahr, bis der Schuldner mit der Einlösung im Verzuge ist.

Digitized by Google

trat, von der Ersatzpflicht entbunden[17]. Später wurde er überhaupt nur für verschuldeten Schaden verantwortlich gemacht[18]. Hieraus ergab sich, soweit reine Sachhaftung galt, eine Verteilung der Gefahr, indem bei zufälligem Untergange des Pfandes der Gläubiger sein Geld, der Eigentümer aber den Mehrwert der Sache verlor[19]. Soweit dagegen zugleich eine allgemeine Vermögenshaftung für die Schuld bestand, blieb nunmehr auch die Forderung des Gläubigers von einem das Pfand treffenden Unfall unberührt[20].

Für den Fall nicht rechtzeitiger Einlösung diente das Pfand zur Befriedigung des Gläubigers. Im Gegensatz zur älteren Satzung des Liegenschaftsrechts war hier die Sache mit ihrer Substanz für die Schuld verhaftet[21]. Ursprünglich war das Fahrnis-

---

[17] Sachsensp. III Art. 5 § 5; Magdeb. R. v. 1304 Art. 88; Rechtsb. n. Dist. IV 42 d. 20; Kulm. R. V 34; Schwabensp. (L.) c. 258 b; Ruprecht v. Freising I 147; Förster a. a. O. S. 138; Stobbe, Vertragsr. S. 257 ff., D.P.R. § 164 Anm. 23; Puntschart S. 254. — Vielfach heißt es, daß der Gläubiger für allen Schaden haftet, der das Vieh „zwischen Wasser und Krippe", also bei Gebrauch außerhalb des Stalles, trifft; Rechtsb. n. Dist. III 14 d. 11; Gosl. Stat. S. 68 Z. 26 ff.; Bayr. Landr. c. 243; Münch. Stadtr. Art. 93; Bremer Ordel Nr. 3.

[18] So frühzeitig nach süddeut. Quellen; Bayr. Landr. Art. 231, Münch. Stadtr. Art. 105, Augsburger Stadtb. b. Meyer S. 55 § 5, S. 210 § 4. Ebenso nach Lüb. R. (Hach) IV 98. Mitunter gilt der Schade nur als unverschuldet, wenn auch eigne Sachen des Gläubigers von dem gleichen Unfall betroffen sind; Prager Judenr. v. 1254 § 7 b. Rößler S. 182, Rechtsb. n. Dist. III 17 d. 17. — Auch das genommene Pfand stand später auf Gefahr des Gepfändeten; Bremer Ordel 37, Stobbe, Vertragsr. S. 263 Anm. 17.

[19] So beim essenden Pfande Sachsensp. III Art. 5 § 5 u. die anderen oben Anm. 17 angef. Stellen. Allgemein Magdeb. Fr. I 6 d. 6: so soll der schade ir beider schade sein, also das er sin geld daran verloren habe, u. jener die besserung des pfandes; Stadtr. v. Salzwedel § 80 b. Gengler S. 406; für Judenpfänder Rechtsb. n. Dist. III 17 d. 12, Augsb. Stadtb. S. 55 § 5 a. E.; Lombardpriv. b. Huber IV 817 Anm 1.

[20] So im Falle des Gelobens zum Pfande; vgl. den späteren Zusatz zum Sachsensp. III Art. 5 § 5: ire gelovede ne stünde den anders; Rechtsb. n. Dist. III 17 d. 16 u. 17. Ebenso, wenn Bürgen gesetzt sind; Schwabensp. (L.) c. 258 b, Augsb. Stadtb. S. 55 § 5. Wo der Schuldner kraft Gesetzes generell haftet, in jedem Fall; Wiener Stadtr. b. Stobbe, Vertragsr. S. 259.

[21] Dies entspricht bei der Pfandsetzung dem Gegensatze zwischen Nutzungspfand und bloßem Besitzpfand. Die Pfandnahme war im Falle der gerichtlichen oder außergerichtlichen Pfändung zur Befriedigung (oben Bd. I 338 ff.) auf denselben Erfolg gerichtet, während bei der eigenmächtigen Pfändung zur Sicherung die Haftung der Sache mit ihrem Wert sich erst allmählich entwickelte (oben Bd. I 349 ff.). Bei den Langobarden freilich erlangte nach Ed. Rothar. 251—252 der Gläubiger aus gerichtlicher und außergerichtlicher Pfand-

Digitized by Google

pfand grundsätzlich Verfallpfand; der Gläubiger erwarb statt der geschuldeten Leistung das Eigentum an der Sache und brauchte einen Mehrwert nicht herauszugeben, während er andererseits auf Grund des Prinzips der reinen Sachhaftung wegen eines Minderwerts kein Forderungsrecht behielt [22]. Auf Grund einer besonderen Verfallklausel konnte das Eigentum nach Ablauf der Einlösungsfrist dem Gläubiger von Rechts wegen anfallen [23]. Im übrigen erfolgte die Übereignung, nachdem der Schuldner in öffentlicher Form vergeblich zur Einlösung aufgefordert war, durch gerichtlichen Ausspruch [24]. Allmählich aber wurde das Fahrnispfand zum Verkaufspfande umgebildet, so dafs der Gläubiger auf die Befriedigung aus dem Erlöse angewiesen war und einen Überschufs dem Eigentümer herauszugeben hatte [25]. Insbesondere wurde, wo der Schuldner zugleich mit seinem übrigen Vermögen haftete, der Verkauf des Pfandes erforderlich, um dem Gläubiger den weiteren Zugriff wegen des Ausfalles zu ermöglichen [26]. Der Verkauf, der

---

nahme beim Eintritt des Einlösungsverzuges nur ein Gebrauchs- und Nutzungsrecht, ohne dafs der Schuldner das Einlösungsrecht verlor; erst in Ed. Liutpr. 108 wurde festgesetzt, dafs nach Ablauf einer zweiten Frist das Pfand dem Gläubiger zu Eigentum verfalle; Brunner, R.G. II 450 u. 451.

[22] Rechtsb. n. Dist. III 14 d. 3, 17 d. 15; Goslar. Stat. 67 Z. 27 ff.; oben Anm. 8. Nach Freiberg. Stadtr. c 1 § 40 behält der Gläubiger den Mehrwert, obschon er wegen des Minderwerts ein Nachforderungsrecht hat. Vgl. v. Meibom S. 333 ff., Planck II 337 ff., Stobbe-Lehmann § 164 Anm. 3 u. 28, Puntschart S. 242 ff.

[23] v. Meibom S. 332 ff., Planck II 336, Stobbe-Lehmann § 164 Anm. 26. — Eigentumsanfall kraft Gesetzes infolge versäumter Einlösung begegnet in älterer Zeit beim Pfändungspfande; Ed. Liutpr. 108 (oben Anm. 21), l. Burg. 19, 6. Nach manchen Judenprivilegien auch beim gesetzten Pfande; v. Meibom S. 333.

[24] Rechtsb. n. Dist. a. a. O.; Goslar. St. a. a. O.; Freiberger Stadtr. a. a. O.; v. Meibom S. 333 ff.; Planck II 337 ff.

[25] Die Ersetzung der Übereignung durch den Verkauf begegnet auch bei reiner Sachhaftung. So nach Hamb. Stadtr. v. 1270 I, 14, wonach der Gläubiger, während er den Mehrwert herausgeben mufs, bei Minderwert den Ausfall trägt; erst in dem Stadtr. v. 1292 C 10 u. v. 1497 II 9 ist dies zugunsten des Gläubigers geändert. Lüneb. Niedergerichtsordn. b. Pufendorf, Obs. III 362 mit der Textverbesserung v. Puntschart S. 252: gebricht ime aber etwas daran, er soll es missen. — Frühzeitig trat bei dem genommenen Pfande der Verkauf an Stelle der Übereignung; v. Meibom S. 92 ff.; Planck II 252.

[26] Rechtsb. n. Dist. I, 15 d. 1, III, 17 d. 16 u. 19; Münchener Stadtr. Art. 109 u. 197. — Die Geltendmachung der Forderung gegen den Schuldner oder den Bürgen, der zum Pfande gelobt hatte, vor Realisierung der Pfandhaftung war unzulässig; Bayr. L.R. 240, Münch. Stadtr. 109, v. Meibom S. 421 ff.

Digitized by Google

gewöhnlich ein dreimaliges vergebliches gerichtliches Aufgebot zur Einlösung voraussetzte, wurde entweder auf Grund gerichtlicher Ermächtigung durch den Gläubiger oder unmittelbar durch das Gericht vollzogen[27]. Doch war die Einräumung eines privaten Verkaufsrechts an den Gläubiger zulässig[28]. Der Gläubiger konnte und sollte womöglich, ehe er zum Verkauf schritt, versuchen, durch blofse Weiterverpfändung der Sache mit Vorbehalt des Einlösungsrechtes für den Eigentümer zu seinem Gelde zu gelangen[29]. War weder Verkauf noch Versatz zu erzielen, so blieb Übereignung an den Gläubiger zum Schätzungswert zulässig[30].

2. Pfandrecht ohne Besitz. Wie die Fahrnis im Ganzen, so konnten auch einzelne Fahrnisinbegriffe oder Fahrnisstücke als Vermögensbestandteile im Wege der Vermögenssatzung für eine Schuld haftbar gemacht werden, ohne Gewere und dingliches Recht an ihnen einzuräumen. Damit erlangte der Gläubiger ein Zugriffsrecht, aber vor erfolgter Pfändung kein Pfandrecht[31]. Zum Teil jedoch wurde eine wirkliche Verpfändung beweglicher Sachen mit Vorbehalt der leiblichen Gewere möglich, indem sie wie liegendes Gut behandelt und demgemäfs der jüngeren Satzung unterworfen wurden[32]. Eine derartige Fahrnissatzung drang vor allem bei den

---

Pauli, Lüb. Zustände III 115 Nr. 21. Gleiches galt bei dem genommenen Pfande in Ansehung weiterer Verfolgung der Forderung; v. Meibom S. 134.

[27] Ausdrücklich heifst es im Augsb. Stadtb. b. Meyer S. 211, auch wenn das Pfand ohne Gericht gesetzt ist, „hat auch nieman chein recht, daz er ane gerihte chein phant verkauffe“; vgl. Bayr. Landr. 233 u. 234, Münch. Stadtr. 197, Lüb. R. (Hach) II 160, III 255, Hamb. Stadtr. v. 1270 I 14, Magdeb. Fr. II 2 d. 14; v. Meibom S. 338 ff., Planck II 338 ff. — In gleicher Weise erfolgt der Verkauf des genommenen Pfandes. Nach dem Sachsensp. I Art. 53 § 3 u. Art. 70 § 2 durch den Fronboten. Vielfach aber durch den Gläubiger selbst auf Grund gerichtlicher Ermächtigung. Vgl. v. Meibom S. 92 ff., Planck II 252, v. Schwind a. a. O. S. 24 ff. u. 71 ff.

[28] Pauli, Abh. IV Urkb. Nr. 9, Zustände III 118 Nr. 26; Stobbe-Lehmann § 164 Anm. 29 S. 313.

[29] Rechtsb. n. Dist. III 14 d. 6; Augsb. Stadtb. b. Meyer S. 210 § 5; v. Meibom S. 340; Kohler a. a. O. S. 6 ff.; Stobbe-Lehmann § 164 Anm. 32. — Ebenso sollte beim genommenen Pfande zunächst der Versatz versucht werden; Sachsensp. I Art. 53 § 3, Art. 70 § 2, v. Meibom S. 91 ff.

[30] Rechtsb. n. Dist. III 14 d. 1; v. Meibom S. 96; Stobbe-Lehmann § 164 Anm. 31.

[31] Es handelt sich um eine auf bestimmte Vermögensgegenstände beschränkte Vermögenssatzung; vgl. dazu oben § 155 S. 811 Anm. 8 u. S. 824—825.

[32] Vgl. bes. die oben Anm. 1 angeführte Schrift von H. Meyer, der aber die namentlich schon von v. Meibom S. 410 ff. u. Pauli, Abh. IV 138 ff., Lüb. Zustände III 8 ff., verteidigte, von Stobbe, Krit. V.Schr. IX 316 ff.,

Digitized by Google

ja auch in anderer Hinsicht verliegenschafteten Schiffen durch[33]. In einzelnen Rechtsgebieten aber wurde sie auch für sonstige Fahrnisstücke und Fahrnisinbegriffe (z. B. Hausrat, Vorräte, Vieh, Warenlager) ausgebildet und da, wo der Besitz nicht leicht auf den Gläubiger übertragbar oder schwer für den Schuldner entbehrlich war, zur Anwendung gebracht[34]. Vielfach wurde dabei die pfandrechtliche Wirkung an das Verbleiben der Sache in dem als ihr Stand- oder Lagerungsort bezeichneten Raume geknüpft[35].

---

erfolgreich bekämpfte Ansicht wieder aufnimmt, daſs die jüngere Satzung von Hause aus und allgemein auch auf Fahrnis anwendbar gewesen sei. H. Meyer identifiziert Haftung und Pfandrecht und verwertet daher für seine Ansicht auch Stellen, in denen nur die Wirksamkeit der Einräumung eines Zugriffsrechtes auf bestimmte Sachen bezeugt ist, in Wahrheit also, wie bei der Vermögenssatzung, nicht ein Pfandrecht ohne Besitz, sondern nur ein vertragsmäſsig gewährtes Pfändungsrecht anerkannt wird; vgl. oben Anm. 6. Scheidet man diese Fälle aus, so erhellt gerade aus dem umfangreichen von H. Meyer verarbeiteten Quellenmaterial trotz der von ihm daraus gezogenen gegenteiligen Schluſsfolgerungen deutlich, daſs die Fahrnissatzung ohne Besitzeinräumung einerseits nur partikuläre Rechtsbildung, andererseits Nachbildung der Liegenschaftssatzung und deshalb an eine gewisse Verliegenschaftung ihres Gegenstandes gebunden war.

[33] Am frühesten drang die pfandrechtliche Wirkung der Verbodmung von Seeschiffen auf der Reise durch; Pauli, Lüb. Zustände III 94 ff., 169 ff.; Schröder in Endemanns Handb. IV 1 S. 245 ff.; Goldschmidt, U.G. S. 345 ff.; Pappenheim, Z. f. d. g. H.R. XL 378 ff.; Urk. v. 1415 b. Lörsch u. Schröder Nr. 273. Mehr und mehr kam dann auch die Verpfändung von Schiffen im Heimatshafen unter Belassung des Besitzes beim Schuldner in Form der neueren Satzung (Bestellung vor Rat oder Gericht und Eintragung ins Stadtbuch) auf; Hamb. Stadtr. v. 1270 I 13: erve u. scepe schal man vor dem gantzen rade versetten; Lüb. R. (Hach) III, 254, Stadtbucheinträge bei Pauli a. a. O S. 116 ff., Lörsch u. Schröder Nr. 216, Rehme S. 122 Anm. 42; Wismar. Stadtbucheinträge b. Burmeister S. 33, Rostocker b. v. Meibom S. 412 Anm. 36, Stralsunder b. Fabricius S. 271 ff., Rigaer b. Bunge S. 270; Stobbe-Lehmann § 164 Anm. 12; H. Meyer a. a. O. S. 23 ff., 68 ff., 72 ff. — Vgl. oben § 101 Anm. 32 S. 12, § 134 Anm. 34 S. 559.

[34] So namentlich in Lübeck und den Städten verwandten Rechts, in Hamburg, in Frankfurt a. M. und in der Schweiz; H. Meyer S. 29 ff., 110 ff., 117 ff., Huber IV 817 ff.

[35] Lüb. R. (Hach) II 146, III 97; Pauli, Abh. IV 138 ff.; Planck II 340 Anm. 17; Schröder, R.G. S. 713 Anm. 29; H. Meyer S. 31 ff., 36 ff. Das Pfandrecht erlosch mit der Entfernung, trat aber mit der Zurückbringung wieder in Kraft. Oft gelobte der Schuldner, nicht ohne Zustimmung des Gläubigers zu entfernen. Ähnliches galt nach Lüb. R. (Hach) II 147, III 82 auch bei der Verpfändung von Schiffen; H. Meyer S. 33, 36 ff. — H. Meyer S. 35 ff. nimmt an, die örtliche Fixierung habe nur in gleicher Weise, wie vielfach auch die Spezialisierung und Inventarisierung der Pfandsachen', die

Immer wurde dem Publizitätsprinzip durch das Erfordernis einer öffentlichen Bestellungsform Genüge geleistet, meist die Bestellung vor Rat oder Gericht und die Kundmachung durch Eintragung in ein öffentliches Buch verlangt[36]. Mitunter suchte man auch einen Ersatz für die leibliche Gewere durch Begründung einer Mietszinsgewere für den Gläubiger zu beschaffen[37].

II. Neuere Entwicklung[38]. Mit der Aufnahme des römischen Pfandrechts wurden die Grundsätze des deutschen Fahrnispfandrechtes aus dem gemeinen Recht verdrängt. Bewegliche wie unbewegliche Sachen wurden der vom Besitz unabhängigen Hypothek zugänglich und von Generalhypotheken, gesetzlichen Pfandrechten und Pfandprivilegien ergriffen[39]. Dagegen erhielten sich in den Partikularrechten mancherlei Nachwirkungen des einheimischen Rechts. Insbesondere starben die Prinzipien der Publizität und der Spezialität niemals ganz ab, kamen vielmehr bald in einem Vorzugs-

---

Erkennbarmachung des Gegenstandes bezweckt. Dazu hätte man sich besser der Zeichnung mit der Marke bedient. Offenbar liegt vielmehr der Gedanke einer rechtsgeschäftlichen Verliegenschaftung zugrunde. — Veräufserte der Schuldner die in seinem Besitz gelassene Sache, so konnte der Pfandgläubiger, insoweit nicht bei Schiffen der Satz „Hand wahre Hand“ aufser Kraft gesetzt war (oben § 134 Anm. 34 S. 559), sein Pfandrecht ohnehin dem Erwerber gegenüber nicht verfolgen; H. Meyer S. 80 ff. Vielfach mufste daher der Schuldner geloben, nicht zu veräufsern; ebenda S. 38 ff.

[36] Vgl. hinsichtlich der Schiffsverpfändung oben Anm. 33; hinsichtlich sonstiger Fahrnissatzung Pauli, Abh. IV 138 ff., Frankf. Schöffen-Gerichts-O. § 13 bei Thomas S. 259, v. Bunge, Riga S. 239 ff., v. Meibom S. 416 Anm. 56, Stobbe-Lehmann § 164 Anm. 10, H. Meyer S. 70 ff. (hier auch über ältere Formen ohne Eintragung), 114 ff., 119, 126.

[37] Schiffsverpfändung mit Übernahme eines Mietszinses in Lüb. Urkdb. VII Nr. 504, Danziger Urk. b. Neumann, Wucher S. 198; vgl. Stobbe-Lehmann Anm. 8, Schröder S. 713, H. Meyer S. 59 ff. Über Verpfändung von Fahrnisinbegriffen unter Einräumung eines Mietszinses Pauli IV 138 ff., Frankf. Schöffengerichts-O. § 13 a. a. O., Stobbe-Lehmann § 164 Anm. 8, H. Meyer S. 61 ff., 110 ff.

[38] Vgl. Stobbe-Lehmann II § 165; v. Schwind a. a. O. S. 29 ff., 44 ff., 78 ff., 90 ff.; Roth, D.P.R. III § 323 ff. — Förster-Eccius, Preufs. P.R. § 196—197; Dernburg I § 354 ff.; Roth, Bayr. C.R. I § 197; Regelsberger, Hypothekenr. § 11; Lang, Sachenr. § 197. — Zachariae-Crome II § 267 ff. — E. Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österr. bürg. R., I Wien u. Leipz. 1897. — Huber, Schweiz. P.R. III 447 ff., IV 818 ff. — Über das kaufmännische Pfandrecht Laband, Z. f. d. g. H.R. IX 225 ff., 425 ff.; Goldschmidt, Handb. I 875 ff.; Thöl, H.R. I (6. Aufl.) § 314; Endemann in seinem Handb. II § 176 ff.

[39] Vgl. oben § 156 I S. 826 ff.

Digitized by Google

rechte des jüngeren Faustpfandrechtes vor der älteren Hypothek[40], bald in der Abschwächung der dinglichen Kraft der Mobiliarhypothek[41], bald in besonderen Formerfordernissen für eine vollwirksame Verpfändung ohne Besitzübertragung[42], bald in der Einschränkung der Wirkungen der Generalhypothek[43] zum Durchbruch. Im Zusammenhange mit der Reform des Grundpfandrechtes erfolgte dann seit dem achtzehnten Jahrhundert in einzelnen Staaten die vollständige Beseitigung der Mobiliarhypothek[44]. Die grofsen Gesetzbücher regelten das Fahrnispfandrecht durchweg auf der wiedergewonnenen deutschrechtlichen Grundlage[45]. Aber auch in den gemeinrechtlichen Gebieten wurde meist im Laufe des neunzehnten Jahrhunderts das Fahrnispfandrecht in gleichem Sinne neu geordnet[46]. Die Bestimmungen des alten Handelsgesetzbuches bewegten sich in derselben Richtung[47]. Soweit die Mobiliarhypothek noch fortbestand, wurde sie durch die Reichsjustizgesetz-

---

[40] Vgl. z. B. Freiburger Stadtr. v. 1520 II, 8 Abs. 1, Württ. L.R. v. 1567 II Tit. Von Pfändungen Art. 1, Trierer L.R. XIII § 1 und die zahlreichen b. Goldschmidt a. a. O. S. 953 Anm. 17—18 angef. handelsrechtlichen Bestimmungen.

[41] Ausschluſs ihrer Geltendmachung gegen den dritten redlichen Besitzer in Breslauer Stat. v. 1577 t. 11 u. Hamb. Stadtr. II 4, 2; vgl. Stobbe-Lehmann § 164 Anm. 35.

[42] Urkunde mit Schuldbekenntnis und Verpfändungsklausel nach Const. Saxon. II 23, Solms. L.O. II 14 § 1, Frankf. Ref. II 17 § 2, 12 ff., Lüneb. Ref. II 17 § 5, Preuſs. L.R. v. 1620 IV 5 Art. 6 § 1. Richterliche Beurkundung bei Generalhypotheken nach Frankf. Ref. a. a. O. § 14. Vgl. Stobbe-Lehmann § 164 Anm. 37—38, H. Meyer a. a. O. S. 95 ff.

[43] Zulassung pfandfreier Veräuſserung der einzelnen Sachen in Nürnb. Ref. v. 1564 XXII 1 § 2, Bresl. Stat. v. 1577 Tit. 11, Frankf. Ref. II 20 § 2, Wurster L.R. IX 21 § 2.

[44] So vor allem in der Preuſs. Hyp. u. Konk.O. v. 4. Febr. 1722 § 29 und (wennschon zunächst nur programmatisch) in der Kursächs. Erl. Pr.O. v. 1724 zu Tit. 44 § 2.

[45] Preuſs. A. L.R. I, 20; Code civ. Art. 2071—2084; Öst. Gb. § 447 ff.; Sächs. Gb. § 466 ff.; Zürch. Gb. § 854 ff.; Schweiz. O.R. Art. 210 ff., Schweiz. Entw. § 870 ff. (Vorentw. 865 ff.).

[46] Teils zusammen mit dem Grundpfandrecht, wie in Pfandges. f. Württemb. v. 15. Apr. 1825 u. 21. Mai 1828, Weimar v. 6. Mai 1839, Hessen v. 15. Sept. 1858, Hannover v. 14. Dez. 1864, vgl. auch Bayr. Hyp.G. § 3 u. 34, teils in besonderen Gesetzen, wie Brem. v. 25. Aug. 1848 (dazu Erbe- u. Handf.-O. v. 1860 § 122 ff.), Rudolst. v. 6. Juni 1856, Anhalt. v. 13. Apr. 1870, Koburg-Goth. v. 14. Juli 1870, Oldenb. v. 3. Apr. 1876, Braunschw. v. 8. März 1878.

[47] Insbesondere Art. 309—311 über das kaufmännische Pfandrecht, das nur Faustpfandrecht sein kann; aber auch Art. 306—307 und die Vorschriften über die gesetzlichen Pfandrechte.

Digitized by Google

gebung nahezu entwertet[48]. Den Abschluſs brachte das neue bürgerliche Recht.

So haben im Fahrnispfandrecht die deutschen Rechtsgedanken an entscheidender Stelle über das römische Recht gesiegt. In anderen Punkten hat das römische Recht sich behauptet. Doch ist damit vielfach nur eine Umbildung vollzogen, die das einheimische Recht schon von sich aus eingeleitet hatte.

Vollständig drang zunächst die dem deutschen Publizitätsprinzip entstammende Regel wieder durch, nach der das Pfandrecht an beweglichen Sachen der Erscheinung in offenkundigem Besitz bedarf[49]. Die rechtsgeschäftliche Pfandsetzung wurde lediglich in Gestalt der Hingabe zu Faustpfand zugelassen[50]. Gesetzliche Pfandrechte wurden beibehalten und sogar durch Verdinglichung von Zurückbehaltungsrechten neu eingeführt, mehr und mehr aber auf Fälle beschränkt, in denen der Gläubiger die Sache besitzt oder doch (wie bei dem Pfandrecht des Vermieters oder Verpächters) eine besitzähnliche Macht ausübt[51]. Daneben blieb die Begründung eines Pfandrechts durch Besitznahme im Wege der Pfändung anerkannt[52]. Nicht jedem Besitzerwerbe aber,

---

[48] Infolge Versagung des Absonderungsrechts im Konkurse (E.G. zur K.O. Art. 14) und des Schutzes gegen Pfändung durch andere Gläubiger (C.Pr.O. § 709—710).

[49] Vgl. Laband a. a. O. S. 238 ff.; Goldschmidt, Handb. I 882 ff.; Demelius a. a. O. S. 155 ff.

[50] Hierin stimmen die oben Anm. 44—46 angef. Gesetze überein; vgl. Goldschmidt a. a. O. Anm. 13, Stobbe-Lehmann § 165 Anm. 7; über das englische Recht Goldschmidt a. a. O. Anm. 12.

[51] Nur solchen Pfandrechten, die sie einzeln aufzählte, gewährte die alte Konk.O. § 41 ein Absonderungsrecht.

[52] Daſs durch richterliche Pfändung ein wirkliches Pfandrecht entstehe, wurde früher allgemein angenommen und im Preuſs. A. L.R. I, 20 § 5, Öst. Gb. § 450 mit A.G.O. § 342 u. Exek.O. § 256, Sächs. Gb. § 487 ausdrücklich bestimmt. Für das gemeine Recht wurde dies von Manchen auf Grund des römischen Rechts bestritten; vgl. Dernburg, Pfandr. I § 53, II § 119, Windscheid I § 233, Rudolph, Jahrb. f. D. XIX 311 ff. Auch entzogen manche deutsche Gesetze nach französischem Vorbilde der Pfändung die Pfandrechtswirkung; v. Meibom, Arch. f. c. Pr. LII 295 ff., Demelius a. a. O. S. 34 Anm. 14. Allein die deut. C.Pr.O. § 709 (jetzt § 804) bestimmte wieder ausdrücklich, daſs die Pfändung ein Pfandrecht begründe. Der von Demelius a. a. O. S. 31 ff. gemachte Versuch, trotzdem das Pfändungspfandrecht aus dem Gebiet des echten Pfandrechts auszuweisen, kann nicht als gelungen erachtet werden. — Über das Pfandrecht aus eigenmächtiger Pfändung vgl. oben Bd. I 350 Anm. 84.

Digitized by Google

sondern nur der Erlangung eines für Dritte erkennbaren Besitzes wurde im Anschlufs an das System der leiblichen Fahrnisgewere die Kraft zugeschrieben, ein Pfandrecht zu verschaffen[53]. Auch wurde im Einklange mit dem alten deutschen Rechte die Erhaltung des Pfandrechts von der Festhaltung des offenkundigen Besitzes abhängig gemacht[54]. Überdies wurde gerade für den Pfandverkehr vielfach die Legitimationskraft des Besitzes durch Sätze gewahrt, die aus den deutschrechtlichen Beschränkungen der Fahrnisverfolgung stammten und einerseits dem redlichen Pfandnehmer Schutz gewährten[55], andererseits sich gegen den die Gewahrsam aufgebenden Pfandgläubiger kehrten[56].

Gleichzeitig setzte sich das deutsche Erfordernis der Spe-

---

[53] Insbesondere blieb fast allgemein die Begründung eines Faustpfandrechts durch constitutum possessorium ausgeschlossen. So trotz nebenbei zulässiger Mobiliarhypothek Frankf. Ref. II 17 § 2—3, Bayr. L.R. II 6 § 1, Elbinger W.O. v. 1758 Art. 67. Ferner für kaufmännische Pfandrechte Wiener W.O. v. 1717 Art. 14, Bozener v. 1774 c. 34, Augsburger v. 1778 c. 13 § 7, c. 14 § 1. Allgemein Kursächs. erläut. Pr.O. zu Tit. 44 § 2, Preufs. A. L.R. I 20 § 105, Öst. Gb. § 451, Sächs. Gb. § 467, Bremer Handf.O. § 123 d, Anhalt. Ges. § 2, Kob.-Goth. § 2, Oldenburg. Art. 17; Code civ. Art. 2076; Zürch. Gb. § 856, Schweiz. O.R. Art. 210. Weitere Nachweise b. Laband a. a. O. S. 238 ff., Goldschmidt S. 611 Anm. 16, S. 884 Anm. 14, S. 887 Anm. 19, Stobbe-Lehmann § 165 Anm. 9.

[54] Viele Gesetze lassen das Pfandrecht durch Rückgabe in die Hand des Eigentümers erlöschen; Preufs. L.R. I, 20 § 104—105 (R.O.H.G. XIV Nr. 64), Öst. Gb. § 467, Sächs. Gb. § 486, Brem. § 123 c, Kob.-Goth. Art. 2, Oldenb. Art. 19, Braunschw. § 4 u. 16, Nassau. G. v. 1851 nach R.O.H.G. XXV Nr. 21, Schweiz. O.R. Art. 219. Manche überhaupt durch freiwilliges Aufgeben des Besitzes; revid. Lüb. R. III, 4 Art. 5, Preufs. L.R. I, 20 § 253—254 (auch ein Vorbehalt wirkt nicht gegen Dritte). Andere im Gegensatz zum älteren deutschen Recht sogar durch unfreiwilligen Besitzverlust; Code civ. Art. 2119, Sächs. Gb. § 479, Goldschmidt S. 952 Anm. 14, Stobbe-Lehmann Anm. 65—66. — Die gesetzlichen Pfandrechte sind zum Teil überhaupt durch Fortdauer des Besitzes bedingt. Das Pfandrecht des Vermieters und Verpächters erlischt durch Entfernung von dem Grundstück.

[55] Goldschmidt I 898 ff., Stobbe-Lehmann § 165 Z. 4. Vgl. Preufs. L.R. I, 20 § 80; Österr. Gb. § 456; Hess. Pf.G. Art. 173; Schweiz. O.R. Art. 213; ältere Handelsgesetze b. Goldschmidt Anm. 25; H.G.B. Art. 206, dazu Laband S. 201 ff.

[56] Goldschmidt I 951 ff. Mit der deutschrechtlichen Unterscheidung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust Braunschw. G. § 5, Anhalt. § 6, H.G.B. Art. 206. Nach Preufs. L.R. I, 20 § 118—119 hat auch bei unfreiwilligem Besitzverlust der redliche Erwerber den Lösungsanspruch. Das Württemb. Pf.G. Art. 258 versagt überhaupt die Klage gegen den redlichen dritten Erwerber.

Digitized by Google

zialität des Fahrnispfandrechtes wieder durch, so daſs die Generalpfandrechte verschwanden[57].

Hinsichtlich des Inhaltes des Pfandrechts kam nach langer Verdunkelung der Gedanke der Sachhaftung wieder zur Geltung[58]. Das Fahrnispfandrecht gewann seine sachenrechtliche Kraft zurück, vermöge deren es dem Pfandgläubiger die Befugnis gewährt, sich vor anderen Gläubigern aus der Sache zu befriedigen. Allein die ehemalige Selbständigkeit der Sachhaftung wurde nicht wiederhergestellt. Nicht nur die reine Sachhaftung, sondern auch die prinzipale Sachhaftung mit bloſs subsidiärer persönlicher Haftung für den Ausfall verschwand. Die Pfandhaftung dient, obschon sie selbständig geltend gemacht werden kann, durchweg nur zur Verstärkung einer persönlichen Schuldhaftung[59]. Demgemäſs hat das Fahrnispfandrecht den streng akzessorischen Charakter des römischen Pfandrechts nicht wieder abgestreift. Es ist ein unselbständiges dingliches Recht, das eine Forderung, zu deren Sicherung es dient, voraussetzt und von dieser Forderung abhängig bleibt, ohne seinerseits auf sie einzuwirken. Auch ist es ein reines Haftungsrecht, das eine besondere dingliche Schuld nicht hervortreibt[60].

Die Rechte und Pflichten aus dem Pfandbesitze erfuhren keine grundsätzliche Änderung. Nur wurde dem Gläubiger durchweg die Tragung der Gefahr abgenommen[61].

Betreffs der Befriedigung des Gläubigers kam nach der Rezeption die schon im Mittelalter weit vorgeschrittene Verdrängung

---

[57] Die Legalhypothek des französ. Rechts ergreift die Mobilien nicht; Code civ. Art. 2122. Dagegen lieſsen einzelne deutsche Gesetze noch Generalhypotheken an Mobilien zu; so Oldenb. Hyp.O. v. 11. Okt. 1814 § 20, Lüb. Hyp.O. v. 22. März 1820 § 39, Hannov.G. v. 1864, vgl. v. Bar S. 19 ff.

[58] Gegenüber der gemeinrechtlichen Verflüchtigung der Sachhaftung durch Generalhypotheken und Konkursprivilegien erhielt sich ein schärferer Begriff der Sachhaftung namentlich im sächsischen Recht; vgl. v. Schwind S. 30 ff.

[59] Ausnahmsweise begegnet noch reine Sachhaftung bei Leihhäusern und Pfandleihern; unten § 170 S. 1000 Anm 143.

[60] Cosack II § 241 nimmt auch hier neben der persönlichen Schuld eine Pfandschuld (Realobligation) an. Allein eine solche hat sich hier, wo ja auch das Vorbild der Reallast fehlte, niemals entwickelt und kommt im geltenden Rechte nirgends zum Vorschein. Auch ist die Vorstellung, daſs dem Eigentümer als solchem ein Zahlensollen obliegt, hier dem Leben ebenso fremd, wie beim Grundpfandrechte geläufig.

[61] Nur für Leihhäuser und Pfandleiher erhielten sich Ausnahmen; vgl. unten § 170 S. 1000 Anm. 144.

Digitized by Google

des Verfallpfandes durch das Verkaufspfand zum Abschlufs[62]. Das römische Verbot der Verfallklausel drang auch in den Partikularrechten durch und ist in das geltende Recht übergegangen[63]. Der Pfandverkauf aber wurde meist im Sinne des deutschen Rechtes geregelt. Im gemeinen Recht erhielt sich freilich für das Faustpfand die römischrechtliche Befugnis des Gläubigers zu privatem Verkauf[64]. Allein in den neueren Gesetzen wurde bald hier wie bei der Hypothek der Verkauf überhaupt auf den Weg der gerichtlichen Zwangsvollstreckung verwiesen[65], bald wenigstens eine gerichtliche Verkaufsermächtigung gefordert[66]. Die Vereinbarung, dafs der Gläubiger ohne gerichtliches Verfahren verkaufen könne, wurde in manchen Gesetzen für unstatthaft erklärt[67]. In anderen Gesetzen jedoch wurde eine derartige Vereinbarung zugelassen[68]. Auch wurde vielfach den öffentlichen Kreditanstalten und den gewerblichen Pfandleihern das Recht zum aufsergerichtlichen Verkauf erteilt[69]. Endlich gewährten einzelne Gesetze überhaupt wieder dem Gläubiger das Recht zum Selbstverkaufe und schrieben nur zum Schutz des Schuldners den Verkauf in öffentlicher Ver-

---

[62] Bisweilen wurde bei geringwertigen Faustpfändern eine gesetzliche Verfallwirkung festgehalten; Stobbe-Lehmann § 165 Anm. 76. — Vereinzelt blieb auch statt des Verkaufes die Weiterverpfändung zur Befriedigung zulässig; so nach Solms. L.O. II 14 § 4 u. Frankf. Ref. II 17 § 6; Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 71.

[63] Oben § 156 S. 835 Anm. 39, § 157 S. 848 Anm. 42; Schweiz. O.R. Art. 222; B.G.B. § 1229. Vgl. Goldschmidt I 914 ff.

[64] Dernburg, Pfandr. II 269 ff.; Glück IX 382 ff.; Goldschmidt I 915 ff., 921.

[65] So namentlich in Preufsen; vgl. Dernburg, Preufs. P.R. I § 358. Preufs. L.R. I, 20 § 197 ff. Ebenso nach Öst. Gb. § 461. Ferner nach Württ. Pf.G. Art. 254—255 nebst Exekutionsges. Art. 32 Abs. 3; vgl. Lang § 206. Ebenso Nassau. Pf.G. § 48; Hess. Art. 188; Weimar. § 97, 100, 105—106; Anhalt. § 25. Vgl. auch Zürch. Gb. § 868.

[66] So im französ. R.; Code civ. Art. 2078, Code de proc. civ. Art. 945. Ebenso nach Bayr. Landr. II, 6 § 12 Nr. 3 u. A.G. z. C.Pr.O. u. K.O. Art. 24. Allgemein nach H.G.B. Art. 310 bei einem schriftlich bestellten kaufmännischen Faustpfandrecht.

[67] Code civ. Art. 2078; Weimar. Pf.G. § 105; Hess. Art. 91.

[68] Preufs. A. L.R. I, 20 § 29—32; Bayr. L.R. a. a. O.; Württ. R. b. Lang § 109 Anm. 16. Allgemein durch H.G.B. Art. 311 schriftliche Vereinbarung beim kaufmännischen Faustpfande.

[69] Goldschmidt I 927 Anm. 58; Stobbe-Lehmann § 165 Anm. 79; Dernburg, Preufs. P.R. I § 358 Anm. 7—9.

Digitized by Google

steigerung oder die Beobachtung eines gleichwertigen Verfahrens vor[70]. Denselben Weg hat das B.G.B. eingeschlagen[71].

Mancherlei Besonderheiten des Fahrnispfandrechts wurden für das Pfandleihgewerbe der öffentlichen Pfandleihanstalten und der privaten Pfandleiher ausgebildet[72].

Völlig abweichend vom sonstigen Fahrnispfandrecht blieb auf deutschrechtlicher Grundlage das Pfandrecht an Schiffen geregelt[73]. Hier sind Pfandrechte ohne Besitz anerkannt. Bei der seerechtlichen Bodmerei erhielt sich ein Pfandrecht mit reiner Sachhaftung. Die gesetzlichen Pfandrechte der Schiffsgläubiger ergreifen das Schiffsvermögen als Sondervermögen. Durch rechtsgeschäftliche Einigung und Eintragung in das Schiffsregister kann ein Schiffspfandrecht bestellt werden, bei dem statt des Besitzes der Registereintrag die Publizität erwirkt und das Fahrnisrecht mannigfach im Sinne des Liegenschaftsrechts abgewandelt wird.

Dagegen haben sich Registerpfandrechte an sonstigen Fahrnisstücken aus den im älteren deutschen Recht vorhandenen Ansätzen nur in der Schweiz entwickelt und bis heute behauptet[74]. In Deutschland sind die vereinzelten Rechtsbildungen dieser Art wieder verschwunden und die hier und da aufgetauchten Bestrebungen nach ihrer Erneuerung bisher erfolglos geblieben[75].

Neben dem Pfandrecht an körperlichen Sachen hat sich ein Pfandrecht an unkörperlichen Gegenständen in reicher Ausbildung entfaltet. Es wird, soweit nicht liegenschaftliche Gerechtigkeiten als Gegenstände des Grundpfandrechts in Frage stehen, vom B.G.B. als „Pfandrecht an Rechten" nach dem Vorbilde des Faustpfandrechtes an Fahrnis geregelt[76].

---

[70] Sächs. Gb. § 480; Hannov. Pf.G. § 47, Oldenb. Art. 21, Braunschw. § 7, Kob.-Goth. Art. 4.

[71] In diesem Punkte hat also grundsätzlich das römische Recht gesiegt, das deutsche Recht kommt aber bei den Einschränkungen des Verkaufsrechts zur Geltung.

[72] Vgl. unten § 170 XVI S. 997 ff.

[73] Vgl. unten § 171.

[74] Vgl. Huber IV 817 ff., III 448 ff. Das Schweiz. O.R. Art. 210 Abs. 3 behält der Kantonalgesetzgebung nur noch vor, die Verpfändung von Vieh durch bloße Eintragung in öffentliche Bücher zu gestatten; vgl. Zürch. Gb. § 403—411 (früher § 874—886), Schaffhaus. § 805—816, Zug. § 249—254. Der Schweiz. Entw. § 890—895 (Vorentw. 884—889) will die Fahrnisverschreibung, außer an Vieh, auch wieder an Maschinen, Vorräten und Warenlagern zulassen.

[75] H. Meyer a. a. O. S. 135 ff.; vgl. auch Gierke, Entw. S. 388 ff.

[76] Vgl. unten § 172.

Digitized by Google

§ 170. Das Faustpfandrecht an beweglichen Sachen[1].

I. Begriff. Das Fahrnispfandrecht, das im geltenden deutschen Recht technisch „Pfandrecht" heifst, ist in seiner regelmäfsigen Gestalt Faustpfandrecht an einer beweglichen körperlichen Sache. Es ist ein begrenztes dingliches Recht, kraft dessen die belastete Sache dem Berechtigten für eine ihm zustehende Forderung in der Weise haftet, dafs er die Sache zur Sicherung seiner Befriedigung in Besitz halten und zur Herbeiführung seiner Befriedigung durch Verkauf verwerten kann.

II. Voraussetzungen. Das Faustpfandrecht setzt das Dasein eines geeigneten Gegenstandes und einer geeigneten Forderung voraus.

1. Gegenstand kann nur eine bewegliche Sache sein. Während bewegliche Sachen als Bestandteile eines Grundvermögens dem Grundpfandrechte unterliegen, sind nach geltendem Recht Grundstücke dem Faustpfandrechte unzugänglich. Die Sache mufs veräufserlich sein und einen Tauschwert haben[2]. Sie kann aber vertretbar und verbrauchbar sein[3]. Gewisse Sachen sind dem

---

[1] Vgl. die oben § 169 S. 963 Anm. 38 angef. Literatur und dazu über das Recht des B.G.B. Buhl, Das Recht der bewegl. Sachen nach dem B.G.B. S. 105 ff., Cosack, B.R. II § 241 ff., Endemann II § 134 ff., Dernburg III § 263 ff., H. Lehmann, B.R. II 336 ff., Landsberg S. 790 ff., Komm. von Biermann, Planck, Kober, Meisner, Neumann u. A. zu B.G.B. § 1204 ff.

[2] So ist an Ordenszeichen, an Beweis- oder Legitimationsurkunden, überhaupt aber an Urkunden ohne das verbriefte Recht ein Pfandrecht ausgeschlossen, während ein Zurückbehaltungsrecht daran möglich ist. Vgl. R.Ger. XVI Nr. 38 (mit Angaben über die frühere schwankende Praxis), Seuff. XLIV Nr. 156, Rspr. d. O.L.G. IV 334, VI 268.

[3] Auch an Geld ist ein Pfandrecht möglich, bei dem nur an Stelle des Verkaufsrechts das Recht unmittelbarer Befriedigung aus der Substanz tritt. Wenn dagegen das Eigentum auf den Gläubiger übertragen wird (wie bei Kautionen) und der Schuldner nur ein persönliches Recht auf Rückgewähr einer gleichen Summe nach Erlöschen der Schuld hat, so liegt kein Pfandrecht vor. Vgl. Demelius I 224 ff. Doch nehmen Viele ein irreguläres Pfandrecht an, das sie sehr ungleich konstruieren. So L. Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, insbesondere das s. g. pignus irregulare, Wien 1868; Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 173 ff.; Hanauseck, Uneigentlicher Niefsbrauch S. 165 ff.; Windscheid § 226 a Anm. 2; für das B.G.B. Dernburg III § 277, Kipp b. Windscheid S. 1021 ff. In Wahrheit erschöpft sich das sachenrechtliche Verhältnis in der Eigentumsübertragung, während deren Beschränkung auf den Sicherungszweck mit den Mitteln des Obligationenrechts erreicht wird.

Digitized by Google

Pfändungspfandrechte und dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirtes entzogen[4], während ihre rechtsgeschäftliche Verpfändung zulässig ist. Das Pfandrecht mufs auf die Sache im Ganzen erstreckt und kann nicht auf die Früchte oder auf einzelne Bestandteile beschränkt werden[5]. Dagegen ist ein Pfandrecht an dem Bruchteil einer Sache möglich[6]. Den Gegenstand des Pfandrechts können nicht nur Einzelsachen, sondern auch Sachverbände bilden. Insbesondere kann eine körperliche Gesamtsache als solche in der Weise verpfändet werden, dafs die neu einverleibten Stücke belastet und die ordnungsmäfsig ausscheidenden Stücke befreit werden und das Verkaufsrecht sich nur auf das Ganze richtet; doch müssen die im Publizitätsprinzip begründeten Erfordernisse des Faustpfandrechts hinsichtlich jeder zugehörigen Einzelsache erfüllt sein[7]. Ebenso ergreift im Zweifel

---

[4] C.Pr.O. § 811; B.G.B. § 559 S. 3, § 585 S. 2, § 704 S. 2. Dabei besteht der Unterschied, dafs dem Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks das Wirtschaftsinventar, obschon es unpfändbar ist, unterliegt.

[5] Ein reines Nutzungspfand ohne Befugnis zur Befriedigung aus der Substanz (nach Art der Revenüenhypothek) ist ausgeschlossen. — Möglich ist die Verpfändung von Bestandteilen als künftigen selbständigen Sachen, insbesondere auch von Grundstücksbestandteilen als künftigen beweglichen Sachen. Das Pfandrecht entsteht dann aber, von dem Pfändungspfandrecht an stehenden Früchten abgesehen (C.Pr.O. § 810), erst mit der Trennung und der Erlangung des Pfandbesitzes an der neuen Sache. Ist indessen der Besitz der Stammsache dem Gläubiger vorher überlassen, so wird nach Analogie des B.G.B. § 956 anzunehmen sein, dafs das Pfandrecht unmittelbar mit der Trennung entsteht; oben § 137 S. 592 Anm. 27. Auf diesem Wege kann also auch ein dinglich wirksames Verhältnis hergestellt werden, das einem Nutzungspfandrechte an einem Grundstücke ähnelt. Vgl. Endemann § 135 Anm. 3; Dernburg III § 267 Z. 2; Lehmann § 118 Z. 2; Leske S. 582 Anm. 1; Biermann zu § 1204 Bem. 2.

[6] Besonders geregelt ist das Pfandrecht an einem Miteigentumsanteil; vgl. unten XIV S. 995ff. Doch ist auch die Verpfändung eines Bruchteils durch den Alleineigentümer möglich. So auch nach bisherigem Recht, abgesehen vom Sächs. Gb. § 372. Vgl. Dernburg, Pfandr. I § 55, Preufs. P.R. I 910 ff., B.R. § 367 Z. 4; Windscheid § 226a Anm. 3 u. Kipp S. 1022 Z. 2; Demelius I 171 ff.

[7] Nur durch die strenge Durchführung der Gebundenheit des Pfandrechts an offensichtlichen Besitz, wobei jedoch die dem mittelbaren Besitz und dem Mitbesitz beigelegte Bedeutung erleichternd eingreift, unterscheidet sich in dieser Frage das B.G.B. vom bisherigen Recht. Es ist unrichtig, dafs nach B.G.B. nur Einzelsachen als solche, wennschon unter einem Sammelnamen, verpfändbar seien, wie Endemann S. 538, Lehmann S. 341, Kober § 1204 Bem. I 1a, Biermann Bem. 2, Kipp S. 1022 Z. 3 meinen. Vielmehr kann sich der dingliche Vertrag auf die Gesamtsache als solche richten und —

Digitized by Google

das Pfandrecht an der Hauptsache zugleich die Zubehörsachen; nur müssen wieder die Voraussetzungen für den Bestand eines Faustpfandrechts auch hinsichtlich der Zubehörsache vorliegen[8].

2. Das Pfandrecht setzt ferner eine Forderung voraus, zu deren Sicherung es dient. Die Forderung braucht hier nicht wie bei der Hypothek auf einen bestimmten Geldbetrag zu lauten, kann vielmehr auch auf sonstige Sachleistung oder auf Dienstleistung gehen; sie mufs aber fähig sein, sich in eine Geldforderung umzuwandeln. Dafs die Person des Gläubigers individuell bestimmt sei, ist nicht erforderlich; auch für die Forderung aus einem Order- oder Inhaberpapier kann ein Pfandrecht bestellt werden[9]. Ohne Forderung kann das Pfandrecht weder entstehen noch fortbestehen[10]. Doch ist die Bestellung eines Pfandrechtes nicht blofs für eine bedingte, sondern auch für eine künftige Forderung möglich[11]. Das Pfandrecht ist untrennbares Zubehör der Forde-

---

vorbehaltlich der Bedeutung von Besitzerwerb oder Besitzverlust an den Einzelsachen — die entsprechenden sachenrechtlichen Wirkungen hervorbringen. Vgl. Dernburg § 267 Z. 3. Dazu über das bisherige Recht Dernburg, Pfandr. I § 59, Preufs. P.R. I § 356; Windscheid § 226 a Anm. 4. Ferner Öst. Gb. § 302. Besonders eingehend Demelius S. 197 ff.

[8] Es ist also Pfandbesitz daran erforderlich. Im übrigen wird auch hier der sachenrechtliche Zusammenhang wirksam. Darum gilt, obschon B.G.B. § 314 sich nur auf den obligationenrechtlichen Vertrag bezieht, auch für das dingliche Rechtsgeschäft die Regel, dafs es das Zubehör mitumfafst. Vgl. Endemann S. 539 Anm. 11. Dazu Dernburg, Pfandr. I 432 ff., Demelius S. 177 ff.

[9] Insbesondere durch Einräumung des Besitzes an einen den jeweiligen Gläubiger vertretenden Pfandhalter. Endemann § 134 Anm. 11; Biermann zu § 1204 Bem. 4; Kober Bem. I 2 b; Planck zu § 1206 Bem. 2; Dernburg § 266 I 5.

[10] Ist die Forderung nichtig, so entsteht kein Pfandrecht; ist sie anfechtbar, so wird mit ihrer Anfechtung auch das Pfandrecht hinfällig; erlischt sie, so erlischt auch das Pfandrecht. — Klagbarkeit ist an sich nicht erforderlich; insbesondere ist nach B.G.B. § 222 Abs. 2 ein Pfandrecht für eine verjährte Forderung möglich. Soweit aber durch die Versagung der Klage jeder Erfüllungszwang ausgeschlossen werden soll, wie bei einer Spielschuld oder einer Schuld aus einem Differenzgeschäft, ist auch die Pfandbestellung unwirksam. Vgl. Kipp S. 1015, Dernburg § 266 I 3, Lehmann § 117 Z. 4; Börsenges. § 66 Abs. 3.

[11] B.G.B. § 1204 Abs. 2. Das Pfandrecht entsteht dann zunächst nur als ein bedingtes Recht. Ist die Forderung aufschiebend bedingt oder befristet, so ist das Pfandrecht in gleicher Weise bedingt oder befristet. Handelt es sich aber um eine bloß mögliche künftige Forderung, so besteht bereits ein durch die Entstehung der Forderung bedingtes Pfandrecht, während eine Forderung überhaupt noch nicht besteht. Hier ist also, wie Kipp S. 1013

Digitized by Google

rung. Dagegen können Schuld und Pfandhaftung von vornherein infolge der Verpfändung einer Sache für fremde Schuld auseinanderfallen oder nachträglich infolge eines Eigentumswechsels ohne Schuldübergang sich zweien.

III. Begründung.

1. Die rechtsgeschäftliche Bestellung des Pfandrechts erfolgt durch dinglichen Vertrag und Übergabe der Sache oder gehörigen Ersatz der Übergabe.

Der dingliche Vertrag fordert die Einigung des Eigentümers und des Gläubigers darüber, dafs dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Im übrigen gelten für ihn gleiche Regeln, wie bei der Fahrnisübereignung[12]. Insbesondere verträgt er Bedingung und Befristung[13].

Die Übergabe fordert einen Realakt, durch den der Eigentümer unter Vorbehalt des mittelbaren Eigenbesitzes den unmittelbaren Besitz aus seinem Herrschaftsbereiche in den Herrschaftsbereich des Gläubigers hinüberschiebt. Im übrigen gelten auch für die Übergabe gleiche Regeln, wie bei der Eigentumsübertragung. Insbesondere genügt auch hier die Übergabe an einen Besitzmittler

---

richtig bemerkt, das Prinzip, dafs das Pfandrecht nicht ohne Forderung entstehen kann, durchbrochen. Natürlich ist das Pfandrecht, so lange die Bedingung schwebt, unvollkommen, da es kein Befriedigungsrecht gewährt. Aber die Rechte und die Pflichten aus dem Pfandbesitz treten ein. Wird das Pfandrecht unbedingt, so richtet sich sein Rang nach dem Zeitpunkt der Bestellung; B.G.B. § 1209. — Für das bisherige Recht ist Streit, ob das Pfandrecht für eine künftige Forderung erst mit der Forderung oder sofort entsteht; vgl. einerseits Windscheid § 225 Anm. 7, Sächs. Gb. § 471, andererseits Dernburg, Pfandr. I § 69, Schott, Jahrb. f. D. XV 1 ff. Der mehrfach und besonders im Erk. des R.Ger. XIV Nr. 61 gemachte Unterschied zwischen Fällen, in denen schon eine Gebundenheit zur Schuldbegründung besteht (wie beim Krediteröffnungsvertrage) und in denen die Forderung nur möglich ist, darf nicht mit Endemann § 134 Anm. 3 für das geltende Recht verwertet werden.

[12] Oben § 133 II S. 546 ff. Die Einigung ist daher formfrei und kann auch stillschweigend erfolgen. Anders nach Code civ. Art. 2074 u. Bad. L.R. Art. 2074, die bei einem Wert über 150 Frcs., und nach Württ. Pf.G. Art. 246, Hannov. § 41 u. Nassau. Pf.G. § 41, die allgemein neben der Übergabe die Errichtung einer Verpfändungsurkunde fordern; beseitigt für das kaufmännische Pfandrecht durch H.G.B. Art. 309. Der dingliche Vertrag ist ferner auch hier abstrakt, kann aber vom Kausalgeschäft abhängig gemacht werden.

[13] Somit kann, während die Bedingtheit der Forderung notwendig gleiche Bedingtheit des Pfandrechts nach sich zieht, für eine unbedingte Forderung ein bedingtes Pfandrecht bestellt werden.

Digitized by Google

(z. B. einen Verwahrer oder Pfandhalter), durch den der Gläubiger mittelbaren Pfandbesitz erlangt[14]. Auch hier ferner kann die Übergabe durch Aushändigung des Schlüssels erfolgen[15] oder mittels eines Warenpapiers vollzogen werden[16], während eine symbolische Tradition auch hier nicht anerkannt ist[17].

Dagegen gelten hinsichtlich des Ersatzes der Übergabe andere Regeln, als bei der Eigentumsübertragung.

Einerseits reicht hier ein Besitzvertrag zum Ersatz der Übergabe nur aus, wenn er einen offensichtlichen Pfandbesitz herstellt, der die Sache dem unmittelbaren Herrschaftsbereich des Verpfänders entzieht. Darum genügt zwar statt der leiblichen Übergabe eine gehörige Besitzzuweisung[18] und ebenso die Einigung, dafs bereits vorhandener Besitz des Gläubigers als Pfandbesitz gelten soll[19]. Allein eine Besitzauftragung, bei der der Verpfänder oder ein ihm unmittelbar unterstellter Besitzmittler im unmittelbaren Besitz bleibt, begründet kein Pfandrecht[20]. Ebensowenig reicht blofse Anspruchsabtretung aus; vielmehr vermag sie nur dann die Übergabe zu vertreten, wenn sie dem Gläubiger mittelbaren Besitz verschafft und überdies der mittelbare Eigenbesitzer dem Besitzmittler durch eine Verpfändungsanzeige kundmacht, dafs der Gläubiger als Pfandbesitzer dazwischengetreten ist[21].

---

[14] Vgl. oben § 133 III S. 547 ff. und hier Anm. 9.

[15] Oben § 115 S. 233; R.Ger. XL Nr. 58; Rspr. d. O.L.G. II 334.

[16] Oben § 115 S. 233, § 133 S. 547 Anm. 11. Hier zeigt sich deutlich, dafs darin echte Übergabe, nicht blofs Besitzabtretung nach B.G.B. § 870 liegt. Denn sonst wäre nach § 1205 Abs. 2 Anzeige an den unmittelbaren Besitzer erforderlich.

[17] Anders nach Preufs. A. L.R. I, 20 § 271 ff. — Doch kann die Anbringung von Zeichen die ihr oben § 115 S. 234 zugeschriebene Bedeutung haben.

[18] Gemäfs B.G.B. § 854 Abs. 2. Es gilt das oben § 115 IV 2 a S. 235 ff. u. § 133 IV 1 S. 548 Gesagte.

[19] B.G.B. § 1205 Abs. 1 S. 2; vgl. oben § 115 IV 2 b S. 236 ff. u. § 133 IV 2 S. 548 ff. So, wenn der Gläubiger bisher eine andere Art von Lehnbesitz hat. Ebenso aber, wenn er bisher als Eigentümer besitzt. Die Eigentumsübertragung mit Vorbehalt des Pfandrechts mittels Besitzauftragung ist also wirksam. Kipp S. 1034 I 1 c; Buhl S. 109; Düringer u. Hachenburg, H.G.B. II 501; Biermann zu § 1205 Bem. 2 (anders 1. Aufl. Bem. 1 c). Unrichtig Motive III 801.

[20] Wie nach bisherigem Recht; oben § 169 Anm. 53 S. 966.

[21] B.G.B. § 1205 Abs. 2. Hier wird Anzeige an den „Besitzer" gefordert. Wenn aber der mittelbare Eigenbesitzer eine Sache verpfändet, die sich im unmittelbaren Besitz eines Besitzmittlers seines Besitzmittlers befindet, z. B. eine vermietete Sache, die der Mietsbesitzer hinterlegt hat, so ist offenbar

Digitized by Google

Andererseits wird hier die Übergabe durch Einräumung eines Mitbesitzes ersetzt, falls dieser als gebundener Mitbesitz eingerichtet wird und somit eine Verfügung über die Sache ohne Mitwirkung des Gläubigers unmöglich macht. Demgemäfs genügt zur Bestellung des Pfandrechts die Begründung eines Mitbesitzes, bei dem sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet[22]. Ebenso aber reicht mittelbarer Mitbesitz aus, wenn die Herausgabe der Sache seitens des Besitzmittlers nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann[23].

Die dem Satze Hand wahre Hand entstammenden Regeln kommen dem gutgläubigen Pfandnehmer in gleichem Umfange, wie dem gutgläubigen Eigentumsempfänger, zugute[24]. Wo daher die Eigentumsübertragung durch den Nichteigentümer Eigentum verschafft, verschafft die Pfandbestellung durch den Nichteigentümer Pfandrecht[25]. Und wo der Eigentumserwerb das Recht eines Dritten an der Sache zerstört, drängt der Pfandrechtserwerb das

---

die Anzeige an den mittelbaren Unterbesitzer erforderlich und ausreichend. — Sonstige Anspruchsabtretung wirkt erst pfandbegründend, wenn sie durch Besitzerlangung zur Übergabe ergänzt ist. So z. B. auch bei der Verpfändung einer Gesamtsache hinsichtlich der im unmittelbaren Besitz Anderer befindlichen Einzelsachen (z. B. der aus einer Bibliothek ausgeliehenen Bücher).

[22] B.G.B. § 1206; oben § 114 S. 222. Der Mitverschlufs setzt voraus, dafs die Mitbesitzer nur gemeinschaftlich öffnen können. Kann Jeder mit seinem Schlüssel allein öffnen, so entsteht kein Pfandrecht. R.Ger. XXXVII Nr. 9; anders (für das gemeine R.) R.Ger. b. Seuff. L Nr. 8. Näheres b. Wolff, Jahrb. f. D. XLIV 198 ff. — Die Übergabe des Schlüssels genügt zur Einräumung des Mitbesitzes, wenn auch der Behälter in der Behausung des Eigentümers bleibt; a. M. Biermann zu § 1206 Bem. 1 a. — Natürlich reicht auch Mitverschlufs eines Besitzmittlers des Gläubigers aus; nur mufs dieser auch tatsächlich eine selbständige Gewalt ausüben, was z. B. nicht der Fall ist, wenn die Ehefrau des Verpfänders als Treuhänderin des Gläubigers Mitbesitzerin sein soll, Rspr. d. O.L.G. V 323.

[23] B.G.B. § 1206, oben S. 222 Anm. 55. So namentlich im Falle einer gesperrten Hinterlegung. Natürlich kann auch mittelbarer Alleinbesitz im Wege des § 1205 Abs. 2 in derartigen mittelbaren Mitbesitz zu gesamter Hand verwandelt werden.

[24] Dies entspricht dem älteren deutschen Recht. Die in späteren Gesetzen gemachten Unterscheidungen zwischen Übereignung und Verpfändung sind mit Ausnahme der Leihhausprivilegien weggefallen.

[25] B.G.B. § 1207. Bei der Übergabe ist § 932 Abs. 1 S. 1, bei der Verpfändung einer schon im Besitz des Gläubigers befindlichen Sache § 932 Abs. 1 S. 2, bei der Besitzabtretung § 934 anwendbar. An abhanden gekommenen Sachen, aufser Geld und Inhaberpapieren, entsteht gemäfs § 935 kein Pfandrecht. Auch H.G.B. § 366 und § 367 gelten für die Verpfändung.

Digitized by Google

Recht des Dritten zurück[26]. Der Unterschied besteht nur in der Wirkung, indem hier die beeinträchtigten Rechte nicht erlöschen, sondern das Eigentum nur beschränkt und sonstiges Recht an der Sache nur im Range geschwächt wird.

2. Kraft Gesetzes entsteht ein Pfandrecht, wenn die in den einzelnen Fällen ungleich geregelten Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen auf Grund besonderer Vorschriften die Pfandhaftung bestimmter Sachen für bestimmte Forderungen eintritt.

Zu diesen Voraussetzungen gehört bei den meisten gesetzlichen Pfandrechten der Besitzerwerb des Gläubigers. Unter den gesetzlichen Pfandrechten des bürgerlichen Rechtes fordern das des Werkmeisters und das des Pächters, dafs die belasteten Sachen in den Besitz des Gläubigers gelangt sind[27]. Von den gesetzlichen Pfandrechten des Handelsrechtes sind die des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters, des Frachtführers und des Verfrachters durch Besitzerwerb bedingt[28]. Der Besitz mufs in allen diesen Fällen so beschaffen sein, dafs er sich zur Begründung eines Faust-

---

[26] B.G.B. § 1208. Der Schutz des redlichen Erwerbes versagt auch hier, wenn die Sache abhanden gekommen war (§ 935), wenn die Verpfändung durch Einigung mit dem schon besitzenden Gläubiger erfolgt ist und der Besitz nicht vom Verpfänder herrührt (§ 932 Abs. 1 S. 2) und wenn im Falle der Verpfändung durch Übertragung des mittelbaren Besitzes das Recht dem Besitzmittler zusteht (§ 936 Abs. 3).

[27] Das Pfandrecht des Werkmeisters besteht nach B.G.B. § 647 für dessen Forderungen aus dem Werkvertrage an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind. Der Pächter eines Grundstücks hat nach § 590 für Forderungen gegen den Verpächter in Bezug auf ein mitverpachtetes Inventar ein Pfandrecht an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken. — Bei dem gesetzlichen Pfandrecht, das § 233 an Geld und Wertpapieren, die behufs Sicherheitsleistung hinterlegt sind, durch die Hinterlegung entstehen läfst, erlangt der Berechtigte gleichzeitig mittelbaren Besitz.

[28] Der Kommissionär hat am Kommissionsgut, der Spediteur am Speditionsgut, der Lagerhalter am Lagergut das Pfandrecht nur, sofern er das Gut im Besitz hat; H.G.B. § 397, 410, 421. Das Pfandrecht des Frachtführers am Frachtgut kann zwar den Besitz drei Tage lang überdauern, aber nicht ohne Besitz entstehen; H.G.B. § 440, B.Sch.G. § 26. Ebenso setzt das Pfandrecht des Verfrachters am Frachtgut, obschon es noch 30 Tage nach der Ablieferung bestehen kann, Besitzerwerb zur Entstehung voraus; H.G.B. § 623. Die Pfandrechte des Verfrachters und des Schiffseigners am Reisegut bestehen nur, solange das Gut zurückbehalten oder hinterlegt ist; H.G.B. § 674, B.Sch.G. § 77 Abs. 2.

Digitized by Google

pfandrechts eignet[29]. Andererseits hat der gutgläubige Erwerb des Besitzes vom Nichtberechtigten hier gleiche Wirkungen, wie bei der rechtsgeschäftlichen Verpfändung[30].

Andere gesetzliche Pfandrechte entstehen ohne Besitzerwerb. Unter ihnen fordern die dem bürgerlichen Recht angehörigen Pfandrechte des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirts wenigstens eine besitzähnliche Macht über die belasteten Sachen, da diese zur Zeit des Eintritts der Belastung sich auf einem Grundstücke befinden müssen, über das oder über dessen in Frage stehenden räumlichen Teil der Gläubiger als mittelbarer Besitzer herrscht[31]. Ein Pfandbesitz aber wird dadurch nicht begründet[32]. Darum ist auch der Satz „Hand wahre Hand" hier

---

[29] Somit genügt mittelbarer Besitz, jedoch nur, wenn der Besitzmittler nicht der Schuldner selbst ist. Wenn in H.G.B. § 397, 410, 421 u. 440 Abs. 2 hervorgehoben wird, daſs der Berechtigte insbesondere Pfandbesitz hat, so lange er mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann, so liegt darin nur der Hinweis auf einen wichtigen Fall des mittelbaren Besitzes.

[30] Dies gilt zweifellos für die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts, die durch H.G.B. § 366 Abs. 3 zugleich in Ansehung der handelsrechtlichen Erweiterung des Schutzes des guten Glaubens dem vertragsmäſsigen Pfandrechte gleichgestellt sind; Staub S. 1184 ff., Düringer u. Hachenburg II 475 ff. Es gilt aber, wie dies nach der Fassung des § 366 Abs. 2 vorausgesetzt wird, auch für die gesetzlichen Pfandrechte des B.G.B. Vgl. Staub S. 1204, Düringer u. Hachenburg S. 474, Endemann § 136 Anm. 19, Kipp b. Windscheid S. 1043. A. M. Buhl S. 127, Wendt, Arch. f. c. Pr. LXXXIX 31 ff., Biermann zu § 1257 Bem. 2, Kober Bem. II 1 (anders 1. Aufl.), Planck Bem. 3 a. Ihr Widerspruch ist jedoch nur für solche gesetzliche Pfandrechte begründet, die ohne Besitzerwerb entstehen, bei denen daher die Voraussetzungen für die Anwendung des Satzes „Hand wahre Hand" fehlen; vgl. unten Anm. 33.

[31] Das Pfandrecht des Vermieters eines Grundstücks (§ 559) oder eines Raumes (§ 580) und das des Gastwirtes (§ 704) ergreift nur „eingebrachte" Sachen des Mieters oder Gastes, das des Verpächters eines Grundstücks (§ 585) „eingebrachte" Sachen des Pächters und auſserdem die Früchte, die sich im Augenblicke der Trennung, in dem das Pfandrecht entsteht, stets auf dem Grundstück befinden. Diese Pfandrechte sind römischen Ursprungs. Sie haben aber auch eine deutschrechtliche Grundlage in dem ehemaligen Pfändungsrechte des Verpächters und Vermieters an der in der Were des Grundstücks befindlichen Fahrnis; oben Bd. I 340.

[32] Auch nicht irgend ein mittelbarer Besitz. Doch hat der Pfandgläubiger ein Recht darauf, daſs die Sachen nicht ordnungswidrig vom Grundstück entfernt werden (§ 560), und erlangt bei Verletzung dieses Rechts, falls zugleich der Schuldner das Grundstück verläſst, einen Anspruch auf den Besitz, den

Digitized by Google

unanwendbar[33]. Gesetzliche Pfandrechte, die weder Besitz noch besitzähnliche Macht voraussetzen, begegnen nur im Seerecht und im Binnenschiffahrtsrecht[34].

Auf die gesetzlichen Pfandrechte finden die Vorschriften über das rechtsgeschäftlich bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung[35]. Doch sind selbstverständlich, soweit kein Faustpfandrecht vorliegt, alle den Pfandbesitz betreffenden oder voraussetzenden Vorschriften unanwendbar[36].

3. Durch Pfändung entsteht ein Pfandrecht mittels einseitiger Besitznahme.

Die Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt dadurch, dafs der Gerichtsvollzieher eine Sache des Schuldners, die sich im Gewahrsam des Schuldners, eines zur Herausgabe bereiten Dritten oder des Gläubigers befindet, in Besitz nimmt[37]. Die obrigkeitliche Besitznahme wird aber nicht blofs durch Wegnahme vollzogen, sondern kommt auch dadurch zustande, dafs die Pfändung einer im Gewahrsam des Schuldners, eines Dritten oder des Gläubigers belassenen Sache mittels Anlegung von Siegeln oder

---

er sich durch Selbsthilfe oder nach der Entfernung durch Gerichtshilfe verschaffen kann (§ 561).

[33] Vgl. Motive II 405, Prot. II 204; Planck zu § 559 Bem. 2c, Oertmann Bem. 2a, Mayring Bem. IV 2d; Endemann II § 169 Z. 6e, Cosack § 242 III 3. Dies folgt freilich weder schon aus den Worten „Sachen des Mieters“ noch aus dem Mangel eines Verpfändungsaktes, wohl aber daraus, daſs kein Besitzerwerb stattfindet. Späterer Besitzerwerb nach § 561 kann daran nichts ändern, weil er nur Ausfluſs, nicht Begründungsmittel des Pfandrechts ist.

[34] Hierher gehören nicht nur die gesetzlichen Pfandrechte an Schiff und Zubehör (H.G.B. § 755 ff., B.Sch.G. § 102 ff.), sondern auch das Pfandrecht wegen der Forderungen auf Havereivergütung an den beitragspflichtigen Gütern (H.G.B. § 725, B.Sch.G. § 89) und das Pfandrecht wegen der Forderungen aus Bergung und Hilfsleistung an geborgenen und geretteten Gegenständen, wenn auch das letztere an geborgenen Gütern mit einem Zurückbehaltungsrecht verbunden ist (H.G.B. § 751, B.Sch.G. § 97).

[35] B.G.B. § 1257. Sonderbestimmungen gehen natürlich vor.

[36] Sie werden aber anwendbar, sobald das Pfandrecht in ein Faustpfandrecht übergeht, wie das des Vermieters durch Besitzerwerb nach § 561 Planck zu § 561 Bem. 3, Oertmann Bem. 2, Mayring Bem. 2b.

[37] C.Pr.O. § 808—809. Nur zur Anschluſspfändung genügt eine protokollarische Erklärung; § 826. — Gleiche Grundsätze gelten für die Arrestpfändung; § 930. — Nach Landesrecht finden die Vorschriften der C.Pr.O. auch entsprechende Anwendung auf sonstige obrigkeitliche Pfändung, insbesondere im Verwaltungszwangsverfahren; vgl. z. B. Preuſs. A.G. z. C.Pr.O. § 5 u. V. v. 15. Nov. 1899 § 22 ff. u. § 53 (Besitznahme durch den Vollziehungsbeamten).

Digitized by Google

in anderer Weise für Dritte kenntlich gemacht wird[38]. Das Pfändungspfandrecht ist also ein Faustpfandrecht, bei dem der Pfandbesitz des Gläubigers durch einen unmittelbaren oder mittelbaren amtlichen Pfandverwaltungsbesitz vermittelt wird[39]. Für das Verhältnis dieses Pfandrechts zum Eigentum sind lediglich die Vorschriften des Prozefsrechts mafsgebend[40]. Im Verhältnis zu anderen Gläubigern aber gewährt das Pfändungspfandrecht dem Gläubiger dieselben Rechte, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht[41].

Das durch Besitznahme im Wege der Privatpfändung begründete Pfandrecht richtet sich ausschliefslich nach Landesrecht[42].

IV. Mehrheit von Pfandrechten. Unter mehreren Pfandrechten an derselben Sache, wie sie trotz Durchführung des Faustpfandrechtssystems bestehen können[43], gilt grundsätzlich der Vorzug des Alters[44]. Doch geht das jüngere Pfandrecht vor, in-

---

[38] C.Pr.O. § 808—809; R.Ger. XXXVII Nr. 90. Hier gibt es also Fälle eines Besitzerwerbes durch blofse Anbringung von Zeichen. Nach jetzigem Recht sind andere Sachen als Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten stets im Gewahrsam des Schuldners zu belassen, wenn nicht dadurch die Befriedigung des Gläubigers gefährdet wird. Ebenso im Gewahrsam eines Dritten oder des Gläubigers.

[39] Hat der Beamte die Sache in Gewahrsam, so besteht über seinem unmittelbaren Verwaltungsbesitz mittelbarer Pfandbesitz, den er nicht einseitig wieder aufheben darf (R.Ger. XVIII 392), und mittelbarer Eigenbesitz. Bleibt die Sache im Gewahrsam des Schuldners, so ist dieser nicht bloß Eigenbesitzer, sondern zugleich Besitzmittler für den Pfandbesitz, den der Beamte für den Gläubiger vermittelt. Behält der Gläubiger etwa als Mieter die Sache in Gewahrsam, so ist zwischen seinen unmittelbaren Mietsbesitz und den mittelbaren Eigenbesitz des Schuldners ein mittelbarer Pfandbesitz eingeschoben, der für den Gläubiger amtlich vermittelt wird.

[40] Die Vorschriften des B.G.B. sind also unanwendbar. Über die Unanwendbarkeit des Satzes „Hand wahre Hand" vgl. oben § 134 S. 567 Anm. 76.

[41] C.Pr.O. § 804 Abs. 2.

[42] Oben Bd. I 350 Anm. 84.

[43] Insbesondere, weil mittelbarer Besitz genügt (z. B. bei Verpfändung der bei einer Bank hinterlegten und ihr bereits verpfändeten Wertpapiere), weil auch Mitbesitz ausreicht, weil endlich das Pfandrecht nicht durch jeden Besitzverlust beendigt wird.

[44] Bei dem rechtsgeschäftlichen Pfandrecht entscheidet die Zeit der Bestellung, mag auch die Forderung erst später entstanden sein; B.G.B. § 1209, oben Anm. 11. Ebenso richtet sich das Alter der gesetzlichen Pfandrechte auch wegen jüngerer Forderungen nach der Zeit des Eintritts der Pfandrechtsvoraussetzungen. Das Alter des Pfändungspfandrechts bestimmt sich nach

Digitized by Google

soweit ein dem Erwerber beim Erwerbe unbekanntes älteres Pfandrecht nach der Regel „Hand wahre Hand" zurückgedrängt wird[45]. Ferner erstreckt sich der Vorzug des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters vor einem jüngeren Pfändungspfandrecht in Ansehung des rückständigen Mietszinses nur auf das letzte Jahr vor der Pfändung[46]. Sodann gilt unter den gesetzlichen Pfandrechten des Handelsrechts eine besondere abweichende Rangordnung[47]. Endlich gibt es einzelne Privilegien auf bevorzugte Befriedigung aus einer Sache vor allen Pfandgläubigern[48]. Einem Zurückbehaltungsrechte braucht auch das jüngere Pfandrecht nur insoweit zu weichen, als das Zurückbehaltungsrecht durch besondere Vorschrift dem Pfandrecht gleichgestellt ist[49].

---

der Zeit der Pfändung; unter mehreren Pfändungspfandrechten geht das ältere vor; C.Pr.O. § 804.

[45] Oben S. 976 Anm. 26 u. S. 977 Anm. 30. Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters vermag ältere Pfandrechte nicht zurückzudrängen; B.G.B. § 1208 ist hier so gut unanwendbar, wie § 1207. Unrichtig Mayring zu § 569 Bem. II.

[46] B.G.B. § 563; entsprechend anzuwenden auf das Pfandrecht des Verpächters (§ 581) mit Ausnahme des Falles der Verpachtung eines landwirtschaftlichen Grundstücks (§ 590) und auf das Pfandrecht des Gastwirts (§ 704). In gleichem Umfange versagen diese Pfandrechte im Konkurse, in dem überdies das Pfandrecht in Ansehung des infolge der Kündigung des Konkursverwalters entstandenen Entschädigungsanspruches nicht geltend gemacht werden kann; K.O. § 49 Z. 2.

[47] H.G.B. § 443. Die durch Versendung oder Beförderung des Gutes entstandenen Pfandrechte gehen den sonstigen Pfandrechten des Kommissionärs und des Lagerhalters und denen des Spediteurs und des Frachtführers für Vorschüsse vor; in der ersten Klasse geht das jüngere Pfandrecht dem älteren vor, während in der zweiten Klasse der Altersvorzug gewahrt bleibt. — Dazu H.G.B. § 777 über die Rangordnung der auf den Gütern haftenden Pfandrechte wegen Fracht, Bodmereigelder, Havereibeiträge und Bergungs- und Hilfskosten. Ferner B.Sch.G. § 116.

[48] Im Konkurse geht das den staatlichen und kommunalen Verbänden wegen öffentlicher Abgaben zustehende Recht abgesonderter Befriedigung aus den zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen jedem rechtsgeschäftlichen, gesetzlichen oder Pfändungspfandrecht vor; K.O. § 49 Abs. 1 Z. 1 u. Abs. 2. Hinsichtlich der zollpflichtigen Sachen gilt das gleiche Vorzugsrecht allgemein; Vereinszollges. v. 1. Juli 1869 § 14 u. 100.

[49] Im Konkurse stehen das Zurückbehaltungsrecht aus Verwendung bis zur Höhe des noch vorhandenen Vorteils und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht den Pfandrechten gleich; K.O. § 49 Z. 3 u. 4. Diese Zurückbehaltungsrechte behaupten sich auch gegenüber einem jüngeren Pfändungspfandrechte; C.Pr.O. § 804 Abs. 2. Dagegen hat im übrigen auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht Dritten gegenüber nur obligationenrechtliche

Digitized by Google

V. Umfang der Haftung. Das Pfand haftet für die Forderung in ihrem jeweiligen Bestande mit Einschlufs der Nebenforderungen (insbesondere auf Zinsen oder Vertragsstrafen), sowie für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die ihm zu ersetzenden Kündigungs- und Prozefskosten und für die Kosten des Pfandverkaufs[50]. Nur kann, wenn der Eigentümer nicht zugleich der Schuldner ist, die Haftung nicht nachträglich durch Rechtsgeschäft des Schuldners erweitert werden[51]. Gegen die dinglichen Ansprüche aus dem Pfandrecht greifen alle gegen die Forderung begründeten Einreden durch[52]. Besteht das Pfandrecht für eine fremde Schuld, so ist ein Verzicht des Schuldners auf die Einrede dem Pfandverhafteten unschädlich[53].

VI. Gegenstand der Haftung. Die Haftung ergreift die belastete Sache in allen ihren Bestandteilen und erstreckt sich auch auf die durch Trennung vom Pfande in selbständige Sachen verwandelten Erzeugnisse[54]. Besteht das Pfand-

---

Wirkung, versagt also gegenüber einem jüngeren rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Pfandrecht; Denkschr. zum neuen H.G.B. S. 312 ff., Cosack, H.R. § 30 Z. 2, Dernburg, B.R. III § 283 Z. 4. A. M. auf Grund behaupteter Dinglichkeit des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts Staub zu H.G.B. § 369 Anm. 31—38, § 443 Anm. 10.

[50] B.G.B. § 1210 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2. Ebenso nach bisherigem Recht; Dernburg, Pfandr. § 76, Preufs. P.R. I § 355, Sächs. Gb. § 473, Württ. Pf.G. Art. 255, Hess. Art. 183, 186, Weim. § 91, Oldenb. Art. 30, Braunschw. § 17, Code civ. Art. 2082. — Der Umfang der Haftung kann vertragsmäfsig anders bestimmt werden. — Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters begründet keine Haftung für künftige Entschädigungsforderungen und für den Miets- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Miets- oder Pachtjahr; B.G.B. § 559 S. 2.

[51] B.G.B. § 1210 Abs. 1 S. 2. Auch einem nachstehenden dinglichen Recht kann eine rechtsgeschäftliche Erweiterung der Forderung nicht schaden; Kipp S. 1017.

[52] B.G.B. § 1211 Abs. 1. Ausgeschlossen ist jedoch die Berufung auf beschränkte Erbenhaftung und (von Zinsrückständen abgesehen) nach § 223 die Einrede der Verjährung. — Dafs die Einreden gegen die Forderung, die das B.G.B. dem „Verpfänder" zuschreibt, auch dem Eigentümer, der nicht Verpfänder ist, ja jedem Besitzer gegen die Pfandklage zustehen und auch gegen die Klage aus § 1007 durchgreifen, zeigt Kipp S. 1014—1015; vgl. auch Planck zu § 1211 Bem. 1 a.

[53] B.G.B. § 1211 Abs. 2. Auch einem Nachberechtigten kann der Verzicht nicht schaden; Kipp S. 1014.

[54] B.G.B. § 1212. Die Früchte werden von dem Pfandrecht auch dann ergriffen, wenn sie mit der Trennung in das Eigentum eines Anderen als des Eigentümers der Hauptsache fallen, er müfste denn auf Grund des § 936 oder kraft eines dem Pfandrecht vorgehenden dinglichen Nutzungsrechts pfandfreies

Digitized by Google

recht an mehreren Sachen, so haftet jede für die ganze Forderung[55].

VII. Recht auf Besitz. Der Pfandgläubiger hat ein Recht auf den behufs Begründung des Pfandrechts erworbenen Besitz. Ist er nur mittelbarer Besitzer geworden, so steht ihm der nächste Anspruch auf den unmittelbaren Besitz nach Erledigung des vermittelnden Besitzes zu. Hat er nur Mitbesitz, so kann er bei Eintritt der Verkaufsberechtigung die Einräumung des Alleinbesitzes zum Zwecke des Verkaufes fordern, mufs sich aber auf Verlangen des Verpfänders mit der Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer begnügen, der das Pfand zum Verkauf bereitzustellen hat[56]. Ein ohne Besitzerwerb entstandenes gesetzliches Pfandrecht gewährt spätestens bei Eintritt der Verkaufsberechtigung einen Anspruch auf Besitz[57]. Das Besitzrecht des im Range vorgehenden Pfandgläubigers geht dem Besitzrecht des Nachberechtigten vor[58].

Ein Nutzungsrecht hat der Pfandgläubiger nicht. Das rechtsgeschäftliche Pfandrecht kann aber als Nutzungspfandrecht bestellt werden. Ist eine von Natur fruchttragende Sache (z. B. Milchvieh) dem Pfandgläubiger zum Alleinbesitz übergeben, so ist

---

Eigentum erwerben. Für das gemeine Recht nimmt die herrschende Meinung Haftung der Früchte nur an, wenn sie mit der Trennung in das Eigentum des Verpfänders gelangen; Dernburg I 438 ff., Windscheid § 226a Anm. 10 bis 11. Gegen diese Beschränkung erklärt sich Göppert, Die organ. Erzeugn. S. 379. Andere lassen die Früchte überhaupt nur haften, wenn sie besonders mitverpfändet sind; so Puchta, Pand. S. 306, Öst. Gb. § 457, Demelius S. 180 ff. — Die bürgerlichen Früchte (z. B. Miets- und Pachtzins) haften nicht; Demelius S. 187 ff. Ebensowenig die Versicherungsforderung; Demelius S. 217 ff. Dagegen tritt die Entschädigung für Enteignung oder sonstigen öffentlichen Eingriff in die Pfandhaftung ein; E.G. Art. 52.

[55] B.G.B. § 1222; Rspr. d. O.L.G. V 157.

[56] B.G.B. § 1231. Unrichtig nehmen Manche, wie Kuhlenbeck Bem. 1 u. früher Kober (anders 2. Aufl. Bem. 1 a), an, die Vorschrift beziehe sich auch auf den Fall des mittelbaren Alleinbesitzes (§ 1205 Abs. 2). Dann richtet sich vielmehr die Herausgabepflicht des unmittelbaren Besitzers lediglich nach dem Rechtsverhältnis, auf Grund dessen er besitzt. Vgl. Biermann zu § 1231, Meikel, Recht 1908 S. 197 ff.

[57] Gemäfs § 1257 ist § 1231 entsprechend anzuwenden; Kipp S. 1060. Der Vermieter, Verpächter oder Gastwirt erlangt schon vorher ein Recht auf den Besitz, wenn eine Sache ungehörig entfernt ist und der Schuldner auszieht; oben Anm. 32.

[58] Er kann daher stets die Herausgabe fordern, während er dem nachstehenden Pfandgläubiger die Sache nicht einmal zum Zweck des Verkaufs herauszugeben braucht; B.G.B. § 1232.

Digitized by Google

im Zweifel anzunehmen, dafs der Pfandgläubiger zum Fruchtbezuge berechtigt sein soll. Das Recht auf andere Nutzungen, insbesondere auf bürgerliche Früchte (z. B. Miets- oder Pachtzins) oder auf den Gebrauch (z. B. eines Reitpferdes oder Zugochsen oder eines Tafelgeschirrs) hat der Gläubiger nur im Falle besonderer Einräumung. Der Nutzungspfandgläubiger erwirbt das Eigentum an den Früchten mit der Trennung. Das Nutzungspfandrecht ist im Zweifel Satzung auf Totschlag, so dafs der Gläubiger zur Gewinnung der Nutzungen und zur Rechnungslage verpflichtet ist und der Reinertrag der Nutzungen auf die Schuld (zunächst auf Kosten und Zinsen) verrechnet wird. Doch kann anderes bestimmt, daher auch, sofern darin kein Wucher liegt, die freie Nutzung anstatt des Zinsbezuges vereinbart werden[59].

VIII. Schuldverhältnis aus dem Pfandbesitz. Mit dem Erwerbe des Pfandbesitzes treten für den Pfandgläubiger Pflichten und Rechte gegen den Verpfänder ein, die zwar schuldrechtlicher Art sind, jedoch nicht auf einem besonderen Schuldvertrage, sondern auf dem dinglichen Bestellungsgeschäfte beruhen. Gegenüber dem Eigentümer als solchem entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, wie es für den Niefsbraucher begründet ist, für den Pfandgläubiger nicht; vielmehr bestimmen sich, wenn der Eigentümer nicht der Verpfänder oder dessen Rechtsnachfolger ist, die zwischen ihm und dem Pfandgläubiger waltenden Beziehungen nach den aus der dinglichen Rechtslage folgenden allgemeinen Grundsätzen[60]. Bei den gesetzlichen Pfandrechten zieht der Pfandbesitz ein entsprechendes Schuldverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem die Rolle eines unfreiwilligen Verpfänders spielenden Schuldner nach sich.

1. Pflichten des Pfandgläubigers. Der Pfandgläubiger ist dem Verpfänder zu gehöriger Verwahrung des Pfandes verpflichtet[61] und hat ihm den Schaden aus verschuldetem Verlust

---

[59] B.G.B. § 1213—1214. Über das bisherige Recht vgl. Dernburg, Pfandr. I § 88, Windscheid § 234, Roth § 325 Anm. 15—18.

[60] Entw. I konstruierte einen besonderen obligationenrechtlichen Verpfändungsvertrag (§ 681—682) und ein Legalschuldverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer (§ 1156 ff.).

[61] B.G.B. § 1215. Ist ihm nur mittelbarer Besitz oder nur Mitbesitz eingeräumt, so liegt ihm nur Überwachung der Verwahrung oder nur Mitverwahrung ob. Eine Verpflichtung zur wirtschaftlichen Erhaltung, wie der Niefsbraucher, hat er nicht; daher auch keine Lastentragungspflicht, keine Versicherungspflicht usw. Vgl. Seuff. XLIII Nr. 8 u. 236.

Digitized by Google

oder verschuldeter Verschlechterung zu ersetzen[62]. Verletzt er die Rechte des Verpfänders in erheblichem Maſse und fährt damit trotz Abmahnung fort, so verwirkt er sein Besitzrecht und muſs auf Verlangen des Verpfänders die Sache hinterlegen oder, wenn sie dazu ungeeignet ist, an einen gerichtlich bestellten Verwalter abliefern; der Verpfänder kann aber auch Rückgabe gegen verfrühte Befriedigung fordern[63]. Ist aus anderen Gründen Verderb oder wesentliche Wertminderung des Pfandes zu besorgen, so muſs der Pfandgläubiger dem Verpfänder den Austausch des Pfandes gegen andere Realsicherheit gestatten; auch hat er von drohendem Verderb, sofern dies nicht untunlich ist, dem Verpfänder Anzeige zu machen[64]. Ist endlich das Pfandrecht erloschen oder macht der Verpfänder von seinem Befriedigungsrechte Gebrauch, so hat der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder zurückzugeben[65].

2. Rechte des Pfandgläubigers. Der Pfandgläubiger hat dem Verpfänder gegenüber gleiche Ersatzansprüche wegen Verwendungen auf das Pfand, wie ein auftragloser Geschäfsführer, und darf eine Einrichtung, mit der er das Pfand versehen hat, wegnehmen[66]. Er hat überdies, falls durch drohenden Verderb oder Wertschwund des Pfandes seine Sicherheit gefährdet wird, das Recht des Sicherungsverkaufes, durch dessen Ausführung der Erlös, der aber auf Verlangen des Verpfänders zu hinterlegen ist, an die Stelle des Pfandes tritt[67].

---

[62] Er haftet für jede Fahrlässigkeit, bei unerlaubtem Gebrauch auch für Zufall. Die Ersatzansprüche wegen Veränderungen oder Verschlechterungen verjähren in sechs Monaten seit der Rückgabe; B.G.B. § 1226. Der Ersatzanspruch wegen Verlustes unterliegt nur der ordentlichen Verjährung.

[63] B.G.B. § 1217. Bei einer unverzinslichen Forderung kann der Verpfänder im Falle vorzeitiger Befriedigung Zwischenzins abziehen.

[64] B.G.B. § 1218. Ein allgemeines Recht auf Pfandtausch hat der Verpfänder nicht. Anders verhält es sich bei dem gesetzlichen Pfandrechte an Geldern oder Wertpapieren, die behufs Sicherheitsleistung hinterlegt sind; B.G.B. § 235. Die gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters, Verpächters, Pächters und Gastwirts unterliegen jederzeit der Beseitigung durch Sicherheitsleistung; B.G.B. § 562, 581, 590, 704.

[65] B.G.B. § 1223. Die Rückgabe hat je nach der Art des Pfandbesitzes durch Übergabe, Abtretung des mittelbaren Besitzes, Aufgeben des Mitbesitzes usw. zu erfolgen. Das gemeinrechtliche Zurückbehaltungsrecht wegen sonstiger Forderungen (vgl. Dernburg, Pfandr. II 94 ff., Windscheid § 234 Anm. 1) ist beseitigt. Ein Zurückbehaltungsrecht aus besonderem Grunde, insbesondere das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kann der Pfandgläubiger ausüben.

[66] B.G.B. § 1216. Verjährung in sechs Monaten nach § 1226.

[67] B.G.B. § 1219—1221. Der Verkauf muſs im Wege öffentlicher Ver-

IX. Schutz. Der Pfandgläubiger geniefst Besitzschutz und dinglichen Rechtsschutz gegen den Eigentümer und jeden Dritten. Die Ansprüche aus Beeinträchtigung des Pfandrechts entsprechen den Eigentumsansprüchen. Somit hat der Pfandgläubiger einen Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen jeden Besitzer, der nicht ihm gegenüber zum Besitz berechtigt ist, sowie den negatorischen Anspruch gegen sonstige Beeinträchtigung und den Abholungsanspruch[68].

X. Befriedigung. Der Pfandgläubiger hat das Recht, sich aus der Sache zu befriedigen. Dieses Recht tritt nicht ein, soweit er anderweitig befriedigt wird. Erfolgt die Befriedigung durch Leistung des Schuldners oder was ihr gleichsteht, so erlischt das Pfandrecht. Der Pfandgläubiger mufs sich aber auch, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, die Befriedigung behufs Ablösung durch den Verpfänder, wenn dieser nicht der Schuldner ist, und durch jeden Dritten, der durch den Pfandverkauf ein Recht an der Sache verlieren würde, mithin durch einen nachstehenden Pfandgläubiger oder Niefsbraucher oder durch den Eigentümer, gefallen lassen. Insoweit eine derartige Befriedigung, die auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung erfolgen kann, stattfindet, geht die Forderung mit dem Pfandrecht von Rechts wegen auf den Lösungsberechtigten über[69].

---

steigerung erfolgen; nur bei Sachen mit Markt- oder Börsenpreis ist auch freihändiger Verkauf durch eine dazu autorisierte Person zulässig. Dem Verkaufe mufs, wenn nicht Gefahr im Verzuge ist, eine Androhung und im Falle der Wertminderung die Setzung einer angemessenen Frist zur Leistung anderweitiger Sicherheit vorangehen. Vom erfolgten Verkauf ist der Verpfänder unverzüglich zu benachrichtigen. — Androhung, Fristsetzung und Benachrichtigung dürfen unterbleiben, wenn sie untunlich sind. — Ein Recht auf vorzeitige Befriedigung hat der Pfandgläubiger niemals.

[68] B.G.B. § 1227. Näheres über die im Einzelnen nicht ganz einfache entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Eigentumsansprüche b. Kipp S. 1068 ff., Biermann zu § 1227, Schultz, Die Pfandansprüche nach § 1227 B.G.B., Leipzig 1903, Püschel, Die Pfandklage des B.G.B., Göttingen 1903. Dem Pfandgläubiger steht die Vermutung aus dem Fahrnisbesitz für das Recht zur Seite; Gierke, Fahrnisbesitz S. 33. Natürlich hat er auch die Klage aus früherem Besitz.

[69] B.G.B. § 1223 Abs. 2, 1224, 1225, 1249. Der Drittberechtigte braucht nicht, wie Entw. I § 1162 bestimmen wollte, zu warten, bis der Pfandgläubiger die Sache zum Verkauf stellt, ja nicht einmal, bis die Forderung fällig ist. Doch kann er das erworbene Recht nicht zum Nachteil des Pfandgläubigers geltend machen, daher z. B. im Falle blofser Teilbefriedigung oder, wenn dem Pfandgläubiger ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, die Herausgabe des Pfandes

Digitized by Google

XI. Pfandverkauf. Die Befriedigung aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf. Ein Pfandrecht ohne Verkaufsberechtigung ist ausgeschlossen[70]. Jede vor Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach der dem Pfandgläubiger im Falle der Nichtbefriedigung das Eigentum der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig[71]. Nur wenn das Pfand Geld ist, braucht es nicht erst durch Verkauf in Geld umgesetzt zu werden, steht daher mit Eintritt der Verkaufsberechtigung ohne weiteres dem Erlöse aus Pfandverkauf gleich[72]. Eine Verpflichtung, von dem Verkaufsrechte Gebrauch zu machen, liegt dem Gläubiger nicht ob[73].

1. Verkaufsberechtigung. Die Verkaufsberechtigung tritt ein, sobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig und überdies, wenn sie sich nicht auf Geld richtet, in eine Geldforderung übergegangen ist[74]. Sie erstreckt sich auf ein jedes von mehreren Pfändern, jedoch immer nur auf so viele Pfänder, als zur Befriedigung erforderlich sind[75]. Der Pfandgläubiger mufs, um verkaufen zu können, im Besitz sein oder sich den dazu geeigneten Besitz verschaffen[76]. Unter mehreren Pfandgläubigern hat an sich ein jeder das Verkaufsrecht; allein der nachstehende Pfandgläubiger kann es nur ausüben, wenn er im Besitz ist und der vorstehende Pfandgläubiger nicht selbst den Verkauf betreibt[77].

---

nicht verlangen. Dagegen wird der Pfandgläubiger es sich gefallen lassen müssen, wenn ihn ein Nachmann aus einem vorteilhaften (z. B. abrechnungsfreien) Nutzungspfandrecht verdrängt, zu dessen Ablösung dem Schuldner die Mittel fehlen.

[70] B.G.B. § 1228 Abs. 1. Wird vereinbart, dafs der Gläubiger nicht verkaufen darf, so entsteht nur ein Zurückbehaltungsrecht.

[71] B.G.B. § 1229. Eine nachträgliche Vereinbarung dieses Inhalts ist gültig, wenn sie nicht wucherisch ist.

[72] Dem entspricht die Behandlung von gepfändetem Gelde nach C.Pr.O. § 815 mit § 720.

[73] Anders nach Preufs A. L.R. I, 20 § 221. Doch hat der Schuldner, insoweit der Gläubiger durch ein in seinem Besitz befindliches Pfand gedeckt ist, ein prozessuales Widerspruchsrecht gegen die Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen; C.Pr.O. § 777. Auch mufs der Gläubiger im Konkurse die Verwertung des Pfandes durch den Konkursverwalter dulden, wenn er in einer ihm gesetzten Frist sein Verkaufsrecht nicht ausübt; Konk.O. § 127.

[74] B.G.B. § 1228 Abs. 2. Verzug ist nicht erforderlich.

[75] B.G.B. § 1230. Der Gläubiger hat mangels anderer Vereinbarung die Auswahl.

[76] Über die eintretende Verstärkung des Rechts auf Besitz vgl. oben Anm. 56—57.

[77] B.G.B. § 1232. Der besitzende vorstehende Pfandgläubiger braucht das Pfand dem Nachmann zum Zwecke des Verkaufs nicht herauszugeben.

Digitized by Google

2. Vornahme des Verkaufs. Der Pfandgläubiger hat das Recht des Selbstverkaufes in gesetzlich geregelter Form. Doch kann eine abweichende Art des Pfandverkaufes bestimmt werden. Auch kann der Pfandgläubiger das Pfand gerichtlich verkaufen lassen.

a. Die gesetzliche Form des Selbstverkaufes besteht in einer nach gehöriger Androhung und Ablauf einer Wartefrist vorgenommenen öffentlichen Versteigerung, die nur bei Sachen mit Börsen- oder Marktpreis der freihändige Verkauf zum laufenden Preise durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zu ersetzen vermag[78]. Besondere Vorschriften gelten über den Ort der Versteigerung[79], die gehörige Bekanntmachung des Versteigerungstermins[80], die zu stellenden Kaufbedingungen[81], die Zulassung des Pfandgläubigers, des Eigentümers oder des Schuldners als Bieter[82] und die Behandlung von Gold- und Silbersachen[83]. Von dem erfolgten Verkauf und dessen Ergebnis

---

[78] B.G.B. § 1234—1235. Die Androhung hat an den Eigentümer zu erfolgen und mufs den Geldbetrag bezeichnen; sie kann erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung erfolgen, darf aber unterbleiben, wenn sie untunlich ist. Frachtführer und Verfrachter haben die Androhung an den Empfänger des Guts und eventuell an den Absender zu richten; H.G.B. § 440 Abs. 4, § 623 Abs. 4. Die Wartefrist beträgt einen Monat, jedoch nach H.G.B. § 368 bei den handelsrechtlichen Pfandrechten nur eine Woche.

[79] B.G.B. § 1236: Ort der Aufbewahrung; nur, wenn hier ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten ist, ein anderer geeigneter Ort.

[80] B.G.B. § 1237: öffentliche Bekanntmachung unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes; besondere Benachrichtigung des Eigentümers und Drittberechtigter, soweit sie nicht untunlich ist.

[81] B.G.B. § 1238: Verkauf nur gegen sofortige Barzahlung und mit der Verwirkungsklausel; wird ohne diese Bestimmung verkauft oder bei Unterbleiben der Barzahlung nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins von der Verwirkungsklausel Gebrauch gemacht, so gilt dem Eigentümer und den sonst an der Sache Berechtigten gegenüber der Kaufpreis als vom Pfandgläubiger empfangen; der Pfandgläubiger kreditiert also auf eigne Gefahr.

[82] B.G.B. § 1239. Erhält der Pfandgläubiger den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen; das Gebot des Eigentümers oder des von ihm verschiedenen Schuldners darf zurückgewiesen werden, wenn nicht der Betrag schon beim Gebot bar erlegt ward.

[83] B.G.B. § 1240: Zuschlag nicht unter dem Gold- oder Silberwert; mangels eines genügenden Gebots ist freihändiger Verkauf zu einem den Gold- oder Silberwert erreichenden Preise durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zulässig.

Digitized by Google

hat der Pfandgläubiger den Eigentümer unverzüglich zu benachrichtigen[84].

b. Eine abweichende Verkaufsart kann zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer vereinbart werden[85]. Nur ist vor Eintritt der Verkaufsberechtigung ein Verzicht auf die Beobachtung der Vorschriften unzulässig, nach denen eine öffentliche Versteigerung oder bei Sachen mit Markt- oder Börsenpreis ein zum Ersatz geeigneter Verkauf durch eine berufene Person stattfinden mufs, der Versteigerungstermin öffentlich bekannt zu machen ist und Gold- und Silbersachen nicht unter dem Metallwert verkauft werden dürfen[86]. Entspricht eine abweichende Art des Pfandverkaufs nach billigem Ermessen den Interessen der Beteiligten, so kann sie auch ohne Vereinbarung von jedem Beteiligten verlangt werden und ist mangels Einigung durch das Gericht festzusetzen[87].

c. Den gerichtlichen Verkauf nach den für den Verkauf gepfändeter Sachen geltenden Vorschriften kann der Pfandgläubiger erwirken, sobald er für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erlangt hat[88]. Das Pfändungspfandrecht gewährt überhaupt nur ein Recht auf diese Art des Verkaufs[89].

3. Wirkungen. Der Pfandverkauf bewirkt ein Schuldverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer[90]. Er hat aber überdies besondere sachenrechtliche Wirkungen.

a. Die sachenrechtlichen Wirkungen äufsern sich in Ansehung der Sache und des Kaufpreises.

α. An der Sache erlangt der Erwerber auf Grund des Pfand-

---

[84] B.G.B. § 1241 (es müfste denn untunlich sein).

[85] B.G.B. § 1245 Abs. 1. Die Vereinbarung wirkt dinglich, bedarf aber der Zustimmung eines Dritten, der ein durch die Veräufserung erlöschendes Recht an der Sache hat.

[86] B.G.B. § 1245 Abs. 2. Anders nach Eintritt der Verkaufsberechtigung.

[87] B.G.B. § 1246. Auch Verkauf aus freier Hand kann unter Umständen verlangt werden. Die Entscheidung des Gerichts ist ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit; Fr.G.G. § 166.

[88] B.G.B. § 1233 Abs. 2. Ist der Eigentümer nicht der Schuldner, so ist seine Verurteilung zur Duldung der Vollstreckung in die Sache erforderlich, aber auch ausreichend. Dagegen reicht ein vollstreckbarer Titel gegen den Schuldner nicht aus. Ebensowenig ein vollstreckbarer Titel gegen den Verpfänder, wenn dieser nicht Eigentümer ist; Biermann Bem. 2a; a. M. Planck Bem. 2 a α, Düringer u. Hachenburg II 526.

[89] C.Pr.O. § 814, 816—825, 827.

[90] Es gelten die allgemeinen Regeln des Kaufs mit den in B.G.B. § 461 u. C.Pr.O. § 806 bestimmten Abweichungen hinsichtlich der Gewährleistung.

Digitized by Google

verkaufes pfandfreies Eigentum. Sein Rechtserwerb erfolgt in gleicher Weise, wie wenn er die Sache vom Eigentümer erworben hätte. Nur erlöschen nicht nur die ihm unbekannten Rechte Dritter, sondern auch die ihm bekannten vor- wie nachstehenden Pfandrechte. Auch ein ihm bekannter Nieſsbrauch erlischt, er müſste denn allen Pfandrechten vorgehen[91].

β. Der Kaufpreis stellt als Erlös des Pfandes den Sachwert dar, auf den das Recht der Befriedigung aus der Sache sich richtet. Er gebührt daher bis zur Höhe der Forderung, falls nicht ein im Range vorgehendes oder gleichstehendes Recht eines Anderen auf Befriedigung aus dem Erlöse vorhanden ist, dem verkaufenden Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung und fällt insoweit mit der Zahlung an ihn oder den ihn vertretenden Verkäufer in sein Eigentum. Insoweit gilt zugleich die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt, so daſs sie, wenn der Eigentümer der Schuldner ist, untergeht, anderenfalls aber auf den Eigentümer übergeht, während das Pfandrecht in beiden Fällen erlischt. Im übrigen dagegen tritt der Erlös an Stelle des Pfandes, wird also Eigentum des bisherigen Eigentümers der Sache, bleibt aber mit den infolge des Pfandverkaufes an der Sache erloschenen Rechten belastet[92]. In den Fällen, in denen der Kaufpreis vor der Zahlung als vom Pfandgläubiger empfangen anzusehen ist, treffen die dinglichen Schicksale des Erlöses zunächst die Kaufpreisforderung[93].

---

[91] B.G.B. § 1242. Diese Wirkungen treten auch ein, wenn der Pfandgläubiger oder der Eigentümer kauft. Der Pfandgläubiger erwirbt das Eigentum frei von vor- wie nachstehenden Pfandrechten, der Eigentümer erlangt Befreiung für sein fortbestehendes Eigentum.

[92] B.G.B. § 1247. Ein Mehrerlös über den aus der Sache beizutreibenden Geldbetrag wird somit Eigentumsanteil des Pfandeigentümers. Daran bestehen aber nachstehende Pfandrechte fort. Ebenso das Pfandrecht des verkaufenden Gläubigers, wenn dieser nur wegen eines fälligen Forderungsteiles verkauft hat. War die Sache mit Pfandrechten belastet, die dem Pfandrecht des verkaufenden Gläubigers vorgehen oder gleichstehen, so wird man annehmen müssen, daſs der ganze Erlös an Stelle des Pfandes tritt, also belastetes Eigentum des Pfandeigentümers wird, daſs daher der Gläubiger, der den Erlös besitzt, erst mit der Ausscheidung des ihm gebührenden Betrages insoweit Eigentum erwirbt und dafür Forderung und Pfandrecht einbüſst. Vgl. Kipp S. 1082 ff.; Biermann Bem. 1—3.

[93] Wenn daher der Kaufpreis ungehörig kreditiert ist (§ 1238, vgl. oben Anm. 81), gilt der Pfandgläubiger insoweit, als der Kaufpreis ihm zu seiner Befriedigung gebührt, als vom Eigentümer befriedigt, während im übrigen die Kaufpreisforderung dem Eigentümer zusteht, aber mit den an der Sache erloschenen Rechten belastet ist; vgl. Kipp S. 1083 ff. Dagegen entstehen im Falle des § 1239 Abs. 1 S. 2 nur persönliche Ansprüche des Eigentümers in Ansehung

Digitized by Google

b. Der Eintritt der sachenrechtlichen Wirkungen hängt davon ab, dafs nicht nur ein gültiger Verkauf, sondern ein rechtmäfsiger Pfandverkauf vorliegt. Doch sind gewisse Mängel durch guten Glauben des Erwerbers heilbar.

α. Der Pfandverkauf ist rechtmäfsig, wenn er auf Grund eines bestehenden Pfandrechts unter Beobachtung der wesentlichen Vorschriften vorgenommen ist. Ein Verstofs gegen unwesentliche Vorschriften verpflichtet zwar den Pfandgläubiger im Falle des Verschuldens zum Schadenersatz[94], beeinträchtigt aber die dinglichen Wirkungen des Pfandverkaufes nicht.

β. Der Pfandverkauf ist nicht rechtmäfsig, wenn dem Veräufserer ein Pfandrecht nicht zusteht oder wenn wesentliche Vorschriften verletzt sind. Wesentlich sind die Vorschriften über Eintritt und Umfang der Verkaufsberechtigung, über die Vornahme einer öffentlichen Versteigerung und die Erfordernisse des bei Sachen mit Markt- oder Börsenpreis an ihrer Stelle zulässigen freihändigen Verkaufs, über die öffentliche Bekanntmachung des Versteigerungstermins und über die Behandlung von Gold- und Silbersachen[95]. Der nicht rechtmäfsige Pfandverkauf wirkt, sofern nicht der Mangel heilbar ist und geheilt wird, nicht als Pfandverkauf. Die Sache bleibt im Eigentum des Pfandverhafteten und mit dem Pfandrecht und den Rechten Dritter belastet, der Kaufpreis gilt nicht als Pfanderlös und tritt nicht an Stelle des Pfandes[96].

γ. Der gute Glaube des Erwerbers verschafft dem nicht rechtmäfsigen Pfandverkauf die Wirkungen des rechtmäfsigen Pfandverkaufs, wenn wenigstens in regelrechter gesetzlicher Pfand-

---

der hyperocha und Drittberechtigter wegen der ihnen gebührenden Teile des Erlöses gegen den zugleich verkaufenden und kaufenden Pfandgläubiger, der seinerseits stets in Höhe des Kaufpreises als befriedigt gilt.

[94] B.G.B. § 1243 Abs. 2.

[95] B.G.B. § 1243 Abs. 1.

[96] Der Erwerber hat gegen den Verkäufer die Rechte aus dem Kaufvertrage. Gegen den Eigentümer oder einen Drittberechtigten hat er, wenn er die Sache herausgeben mufs, keineswegs, wie Lehmann b. Stobbe § 169 Anm. 24 u. Kober zu § 1244 Bem. 3 annehmen, eine Bereicherungseinrede, da auch das Pfandrecht des verkaufenden Gläubigers fortbesteht. Am Kaufpreis entsteht, auch wenn ihn der Verkäufer behält, kein Miteigentum des Eigentümers und kein dingliches Recht eines Drittberechtigten; a. M. Lehmann, B.R. II 358 ff., Endemann § 141 Anm. 16. Nur Schadenersatzansprüche und Bereicherungsansprüche sind, wenn die Sache nicht wieder zu erlangen ist, gegen den Verkäufer begründet.

Digitized by Google

verkaufsform veräufsert ist. Dies ist der Fall, wenn ein gerichtlicher Pfandverkauf auf Grund eines vollstreckbaren Titels gegen den Eigentümer oder ein Pfandverkauf in öffentlicher Versteigerung oder ein freihändiger Verkauf von Sachen mit Markt- oder Börsenpreis zum laufenden Preise oder von Gold- oder Silbersachen nicht unter dem Metallwert durch eine geeignete Person stattgefunden hat. Der gute Glaube fehlt dem Erwerber, sobald er weifs oder wissen mufs, dafs dem Verkäufer ein Pfandrecht nicht zusteht oder dafs die Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers noch nicht eingetreten ist oder die verkaufte Sache nicht mitumfafst oder dafs der Versteigerungstermin nicht öffentlich bekannt gemacht ist. Wird dem Erwerber nicht nachgewiesen, dafs er beim Erwerbe nicht in gutem Glauben war, so erlangt er durch die Übergabe das Eigentum, während alle Pfandrechte und jeder ihm unbekannte oder nicht allen Pfandrechten vorgehende Niefsbrauch erlöschen[97]. Damit aber gewinnt auch der Kaufpreis die Natur eines Pfanderlöses und erfährt dieselben dinglichen Rechtsschicksale, wie beim rechtmäfsigen Pfandverkauf[98].

4. Legitimation des Verpfänders. Beim Pfandverkauf gilt zugunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder als Eigentümer, es sei denn, dafs der Verpfänder den gegenteiligen Sachverhalt kennt[99].

XII. Übertragung. Hinsichtlich der Übertragung wird das Pfandrecht schlechthin als unselbständiges Zubehör der Forde-

---

[97] B.G.B. § 1244 mit der Anweisung zu „entsprechender" Anwendung der §§ 932—934 u. 936, die hiernach gründliche Abwandlungen erfahren. (Gegen die Meinung von Planck Bem. 3b, dafs § 1242 Abs. 2 hier nicht anwendbar sei, vgl. Kipp S. 1085, Biermann Bem. 2c, Kober zu § 1242 Bem. 2b α). Hinsichtlich der Einschränkungen der Wirksamkeit von Besitzverträgen und des Zeitpunktes, in dem der gute Glaube vorhanden sein mufs, gelten dieselben Regeln, wie bei der Eigentumsübertragung durch den Nichteigentümer. Dafs die Sache abhanden gekommen ist, steht hier dem Eigentumserwerbe auch in den Fällen des freihändigen Verkaufs von Sachen mit Markt- oder Börsenpreis oder von Gold- und Silbersachen nicht entgegen. — Gibt sich der verkaufende Pfandgläubiger für den Eigentümer aus, so gelten lediglich die Vorschriften der §§ 932—934 u. 936 und hier auch die des § 935.

[98] Biermann zu § 1247 Bem. 5; a. M. Planck Bem. 1, Kober Bem. 1b. — Daneben können Schadenersatzansprüche gegen den Veräufserer begründet sein.

[99] B.G.B. § 1248. Der Eigentümer mufs es daher gegen sich gelten lassen, wenn der Pfandgläubiger in der Meinung, dafs der Verpfänder der Eigentümer sei, Androhung und Benachrichtigung an den Verpfänder richtet, mit ihm eine abweichende Verkaufsart vereinbart, an ihn die hyperocha auszahlt usw. Verschuldetes Nichtwissen steht hier dem Wissen nicht gleich.

Digitized by Google

rung behandelt. Das Pfandrecht kann für sich nicht übertragen werden. Dagegen liegt in der Übertragung der Forderung zugleich die Übertragung des Pfandrechts, falls dieses nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird. Geschieht letzteres, so erlischt das Pfandrecht. Die Übertragung der Forderung richtet sich ausschliefslich nach Forderungsrecht und wird durch die Erstreckung auf das Pfandrecht weder hinsichtlich der Zulässigkeit beschränkt noch an eine Form gebunden. Demgemäfs geht durch rechtsgeschäftliche Abtretung der Forderung das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über, ohne dafs hierzu die Einwilligung des Eigentümers oder die Übergabe der Sache erforderlich wäre[100]. Ebenso begründet die Verpfändnng der Forderung zugleich ein Pfandrecht am Pfandrecht, während ein selbständiges Afterpfandrecht ausgeschlossen ist[101]. In gleicher Weise erstreckt sich die Pfändung der Forderung auf das Pfandrecht. Endlich zieht auch der gesetzliche Übergang der Forderung den Übergang des Pfandrechts nach sich[102], während ein gesetzlicher Übergang des Pfandrechts ohne die Forderung nicht vorkommt[103].

Der neue Pfandgläubiger erwirbt das Pfandrecht so, wie es dem bisherigen Pfandgläubiger zustand. Ein Schutz des guten Glaubens findet dabei nicht statt[104]. Der neue Pfandgläubiger kann daher vom bisherigen Pfandgläubiger die Übertragung des

[100] B.G.B. § 1250. Dagegen fordert das Sächs. Gb. § 466 Mitübergabe der Sache.

[101] B.G.B. § 1274. Das gemeine Recht läßt eine unmittelbare Afterverpfändung zu, deren Natur sehr bestritten ist; vgl. R. Sohm, Die Lehre vom subpignus, 1864, Dernburg, Pfandr. I § 61, Windscheid § 239 Anm. 13—16, Demelius a. a. O. S. 273 ff. Die Partikularrechte kennen eine Weiterverpfändung der Sache durch Übergabe (vgl. Öst. Gb. § 454), fordern aber meist Einwilligung des Eigentümers (Preuß. A. L.R. I § 127 ff., Sächs. Gb. § 475, Hess. Pf.G. Art. 174).

[102] So in den schon angeführten Fällen der Ablösung des Pfandrechts nach § 1225 u. 1249 (oben Anm. 69) oder bei der Befriedigung durch den Bürgen nach § 774. Ebenso erwirbt der Grundstückskäufer mit dem Eintritt in die Rechte des Vermieters oder Verpächters nach § 571 auch das gesetzliche Pfandrecht. Desgleichen geht auf den Spediteur oder Frachtführer, der den Vormann befriedigt, mit der Forderung das gesetzliche Pfandrecht über; H.G.B. § 411 Abs. 2, § 441 Abs. 2—3.

[103] Darum erlangt auch der Spediteur oder Frachtführer, wenn er die Forderung des Vormanns nur einzuziehen hat, nur Recht und Pflicht zur Ausübung des fremden Pfandrechts; H.G.B. § 411 Abs. 1, § 441 Abs. 1.

[104] Weder hinsichtlich des Bestandes des Pfandrechts noch hinsichtlich des Ranges noch hinsichtlich des Rechtes auf den Besitz und auf die Nutzung.

Digitized by Google

Pfandbesitzes verlangen[105]. Mit der Erlangung des Pfandbesitzes und erst mit ihr tritt er in das pfandrechtliche Schuldverhältnis gegenüber dem Verpfänder ein. Daneben aber bleibt der bisherige Pfandgläubiger, falls es sich nicht um gesetzlichen Übergang oder Abtretung auf Grund gesetzlicher Verpflichtung handelt, als selbstschuldnerischer Bürge für die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Pfandbesitz mitverhaftet[106].

XIII. Beendigung.

1. Infolge seiner Unselbständigkeit erlischt das Pfandrecht mit der Forderung, für die es besteht[107]. Ein Eigentümerpfandrecht ohne Forderung ist ausgeschlossen. Auch die Ersetzung der Forderung durch eine andere Forderung ist hier unzulässig[108].

2. Das Pfandrecht für sich erlischt, wie andere dingliche Rechte, durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder Frist, durch Untergang der Sache[109] und durch Übergang des lastenfreien Eigentums[110]. Es erlischt auch, wie eben erwähnt ist, durch Vorbehalt bei Übertragung der Forderung.

---

[105] B.G.B. § 1251 Abs. 1. Also je nach der Art der Pfandbestellung Herausgabe der Sache oder Abtretung des mittelbaren Besitzes oder des Mitbesitzes. Bei einem Nutzungspfandrechte tritt er auch in das Nutzungspfandrecht ein; die Vereinbarung über dessen Bestand und Umfang (§ 1213—1214) wirkt dinglich.

[106] B.G.B. § 1251 Abs. 2. Hierin liegt ein gewisser Ersatz für die nach preuß. R. und zum Teil auch nach anderen Rechten mit Rücksicht auf das persönliche Vertrauen, das in der Pfandhingabe liegt, geforderte Einwilligung des Eigentümers in die Weitergabe des Pfandes. Die Haftung trifft auch den Schuldner, dessen Forderung nebst Pfandrecht gepfändet wird; er kann aber nach C.Pr.O. § 838 die Herausgabe des Pfandes an den pfändenden Gläubiger verweigern, bis dieser ihm deswegen Sicherheit leistet.

[107] B.G.B. § 1252. Dies gilt für alle Erlöschungsgründe, insbesondere auch Befriedigung und Vereinigung. Daß das Pfandrecht von der Verjährung der Forderung nach § 223 nicht berührt wird, ist keine Ausnahme, da Verjährung kein Erlöschungsgrund ist.

[108] Doch wird dies Prinzip durch H.G.B. § 356 Abs. 1 durchbrochen, indem beim Kontokurrentverhältnis das Pfand für die Saldoforderung forthaftet, obwohl in ihr die gesicherte Forderung untergegangen ist. Anders bisher; R.Ger. X 53, XVIII 246.

[109] Ein Entschädigungsanspruch aus Versicherung oder widerrechtlicher Handlung tritt nicht an die Stelle; wohl aber ein Entschädigungsanspruch aus Zerstörung oder Beschädigung kraft öffentlichrechtlichen Eingriffs; oben Anm. 54. Vgl. auch B.G.B. § 949 u. 950 Abs. 2.

[110] So bei der Übereignung nach § 936, der Ersitzung (§ 945), dem Pfandverkauf und der Enteignung; doch tritt beim Pfandverkauf der Erlös und bei der Enteignung die Entschädigung an die Stelle des Pfandes.

Digitized by Google

Das Pfandrecht unterliegt weiter der rechtsgeschäftlichen Aufhebung, zu der die einseitige Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer genügt, jedoch im Falle der Belastung mit dem Recht eines Dritten die Zustimmung des Drittberechtigten erforderlich ist[111].

Das Pfandrecht erlischt ferner, mag auch das Gegenteil ausdrücklich vereinbart sein, durch Rückgabe der Sache an den Verpfänder oder den Eigentümer[112]. Im übrigen wird es durch Besitzverlust nicht beendigt[113]. Wenn sich aber die Sache im Besitz des Verpfänders oder des Eigentümers oder eines Dritten, der den Besitz von einem von ihnen nach Entstehung des Pfandrechts erlangt hat, befindet, wird für Rückgabe vermutet[114]. Die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechtes sind überhaupt an die Fortdauer des Pfandbesitzes gebunden[115]; doch besteht das Pfandrecht des Frachtführers am Frachtgut noch drei Tage und das des Verfrachters am Frachtgut noch dreifsig Tage nach der Ablieferung, falls es in dieser Frist geltend gemacht wird und der

---

[111] B.G.B. § 1255. Die Zustimmung ist gegenüber dem Begünstigten zu erklären und unwiderruflich.

[112] B.G.B. § 1253 Abs. 1. Rückgabe ist gewollte Rückübertragung des Besitzes ohne Zurückbehaltung eines zur Begründung von Faustpfandrecht ausreichenden Besitzes. Dahin gehört auch Abtretung des mittelbaren Besitzes und Aufgeben des Mitbesitzes, nicht aber Einräumung eines gebundenen Mitbesitzes durch den bisher allein besitzenden Pfandgläubiger. Auch nicht eine ihrer Natur nach vorübergehende Einräumung tatsächlicher Gewalt (§ 856 Abs. 2) oder die Verwendung des Eigentümers als Besitzdiener (§ 855). Beim Pfändungspfandrechte wirkt, wenn die Pfandsache im Gewahrsam des Schuldners belassen ist, die mit Zustimmung des Gläubigers erfolgte Entfernung der Pfandzeichen als Rückgabe; R.Ger. LVII Nr. 71. — Einen Anspruch auf Aufhebung des Pfandrechts durch Rückgabe haben Verpfänder und Eigentümer, wenn dem Pfandrecht eine zerstörliche Einrede entgegensteht; § 1254. Der Anspruch des Eigentümers wird vorgehen.

[113] Unfreiwilliger Besitzverlust ist dem Pfandrecht immer unschädlich; daher auch Rückgabe im Zustande der Geschäftsunfähigkeit. Ebenso aber freiwillige Besitzübertragung an einen Dritten, selbst ohne Vorbehalt des mittelbaren Pfandbesitzes (z. B. bei unrechtmäfsiger Pfandveräufserung). Dem wird es gleichzustellen sein, wenn Hingabe an einen Dritten gewollt ist, dieser Dritte aber sich als der dem Pfandgläubiger unbekannte Eigentümer herausstellt.

[114] B.G.B. § 1253 Abs. 2. Der Pfandgläubiger muß also, wenn er das Pfand herausverlangt, beweisen, daß der Besitzer den Besitz auf andere Weise erlangt hat.

[115] H.G.B. § 397, 410, 421, 440 Abs. 2, 623 Abs. 2, 674 Abs. 2, B.Sch.G. § 77 Abs. 2. Wenn aber der Pfandgläubiger den unfreiwillig verlorenen Besitz zurückerlangt, lebt das Pfandrecht wieder auf.

Digitized by Google

Empfänger noch unmittelbar oder mittelbar besitzt[116]. Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, Verpächters oder Gastwirts erlischt, wenn die Sache rechtmäfsig vom Grundstück entfernt oder der Anspruch auf Zurückschaffung der unrechtmäfsig entfernten Sache nicht binnen einem Monat seit erlangter Kenntnis geltend gemacht wird[117].

Das Pfandrecht erlischt endlich durch Vereinigung mit dem Eigentum, falls nicht die Forderung mit dem Recht eines Dritten belastet ist[118]. Doch gilt es nicht als erloschen, soweit der Eigentümer an seinem Fortbestehen ein rechtliches Interesse hat[119]. Im übrigen ist ein Pfandrecht an eigner Sache auch in Verbindung mit einer Forderung nicht anerkannt[120].

XIV. Pfandrecht an einem Bruchteil. Das Pfandrecht an einem Bruchteil ist Sachpfandrecht, hat aber Besonderheiten[121]. Bildet den Gegenstand des Pfandrechts der Anteil eines Miteigentümers, so gewinnt der Pfandgläubiger eine dingliche Rechtsstellung in der Gemeinschaft der Miteigentümer; er übt die Rechte des pfandverhafteten Miteigentümers in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung aus[122]; nur er und der Miteigentümer zusammen können vor Eintritt der Verkaufs-

---

[116] H.G.B. § 440 Abs. 2, § 623 Abs. 2. Auch das Pfandrecht der Vormänner dauert so lange fort; § 441 Abs. 1 S. 2.

[117] B.G.B. § 560—561. Die Entfernung ist unrechtmäfsig, wenn sie ohne Wissen oder unter Widerspruch des Pfandgläubigers erfolgt; sie ist aber trotzdem rechtmäfsig, wenn sie im regelmäfsigen Geschäftsbetriebe stattfindet oder den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entspricht oder wenn zur Sicherung offenbar ausreichende Sachen zurückbleiben.

[118] B.G.B. § 1256 Abs. 1. Auch die belastete Forderung geht durch Vereinigung nicht unter; oben § 147 S. 692 Anm. 65, unten § 172 VI.

[119] B.G.B. § 1256 Abs. 2. Voraussetzung ist, dafs die Forderung nicht durch Vereinigung erloschen ist, da dann das Pfandrecht notwendig erlischt. Der Eigentümer kann also nur bei einem Pfandrecht für fremde Schuld sich auf § 1256 Abs. 2 berufen, um sich z. B. im Falle des § 1225 den Vorrang vor nachstehenden Pfandgläubigern zu sichern oder um die auf ihn übergegangene Forderung mit Pfandsicherheit zu übertragen. Vgl. auch Strohal, Deut. J.Z. VIII 373 ff.

[120] Nach H.G.B. § 398 kann sich aber der Kommissionär, wenn er (wie regelmäfsig zunächst bei der Einkaufskommission) Eigentümer des Kommissionsguts ist, wegen der gedeckten Forderungen aus dem Gute wie ein Pfandgläubiger befriedigen.

[121] B.G.B. § 1258 (handelt nur vom Miteigentumsanteil, ist aber auf andere Bruchteile entspechend anzuwenden).

[122] Das Nutzungsrecht selbst hat der Pfandgläubiger nur, wenn es ihm nach § 1213 eingeräumt ist. Unrichtig Kober zu § 1258 Bem. 1 b; H. Leh-

Digitized by Google

berechtigung die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Nach Eintritt der Verkaufsberechtigung kann er die Befriedigung aus dem Pfande in doppelter Weise suchen. Er kann zum Pfandverkauf des Anteils schreiten. Er kann aber auch nunmehr einseitig und ohne Rücksicht auf eine einschränkende Vereinbarung unter den Miteigentümern die Aufhebung der Gemeinschaft fordern. Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt ihm das Pfandrecht an den Gegenständen, die an Stelle des Anteils treten[123]. Diese Vorschriften sind entsprechend anzuwenden, wenn der Alleineigentümer einen Bruchteil der Sache oder der Miteigentümer einen Bruchteil seines Anteils verpfändet.

XV. Eigentumsübertragung zur Sicherung. Neben der Verpfändung ist die Übereignung von Fahrnis zum Zweck der Sicherung einer Forderung möglich. Sie braucht die besonderen Erfordernisse der Pfandbestellung nicht zu erfüllen. Wird freilich eine Übereignung in einer zur Verpfändung ungeeigneten Form nur zum Schein vollzogen, um eine in Wahrheit gewollte Verpfändung zu verschleiern, so ist sie unwirksam[124]. Ist dagegen der Übergang des Eigentums ernstlich gewollt, so wird die Eigentumsübertragung durch ihren Sicherungszweck nicht in Frage gestellt, da das Gesetz die Erreichung des Sicherungszwecks durch andere Mittel als die Verpfändung nicht verbietet[125] und somit eine Gesetzesumgehung nicht vorliegt[126]. Auf diese Weise kann nun allerdings ein pfandrechtähnlicher Erfolg ohne Einräumung des Pfandbesitzes erzielt werden, indem der Schuldner das Eigen-

---

mann B.R. § 128, Endemann § 135 I b. Vgl. Planck Bem. 3 a, Biermann Bem. 1 b (anders 1. Aufl.).

[123] Das Pfandrecht tritt nicht von selbst ein, sondern ist zu bestellen. Nach Eintritt der Verkaufsberechtigung ist der Gläubiger, wenn das Surrogat nicht Geld ist, auf den Pfandverkauf angewiesen.

[124] R.Ger. II Nr. 45; Seuff. XL Nr. 190, XLVI Nr. 2; B.G.B. § 117. Vgl. Schweiz. Entw. § 703 (Vorentw. 707 Abs. 2—3).

[125] Anders manche bisherige Partikularrechte, wie Württ. Pfandentwickl. Ges. Art. 16, Weimar. Pf.G. § 60, Anhalt. § 4, Oldenburg. Art. 31, Braunschw. § 18, Sächs. Gb. § 292; vgl. Motive III 337. In der Vorschrift aber, daſs ein Faustpfandrecht nur in bestimmter Weise bestellt werden kann, liegt kein Verbot einer Sicherungsübereignung; Seuff. XLI Nr. 85. Somit enthält auch das B.G.B. kein derartiges Verbot.

[126] R.Ger. II Nr. 44, XXVI Nr. 32, XXX Nr. 80, LVII Nr. 40, D. J.Z. VII 485; Seuff. XLI Nr. 85 u. 86, XLVI Nr. 2, LVIII Nr. 34, LIX Nr. 129; Linckelmann, Arch. f. b. R. VII 299 ff.; Leonhardt b. Gruchot XXV 217 ff.; Endemann, B.R. § 136 Z. 2 c; Dernburg, B.R. § 263 I 2; Düringer u. Hachenburg II 548 ff. A. M. Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 52 ff.; Hellwig, Arch. f. c. Pr. LXIV 369; Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung, 1889.

Digitized by Google

tum durch Besitzauftragung unter Zurückbehaltung von Miets- oder Leihbesitz auf den Gläubiger überträgt, für den Fall der Befriedigung aber entweder durch Beifügung einer auflösenden Bedingung sich den Rückfall des Eigentums sichert oder doch durch obligationenrechtliche Nebenabrede eine Forderung auf Rückübertragung des Eigentums erwirbt[127]. Auch die aufschiebend bedingte Sicherungsübereignung für den Fall der Nichterfüllung einer Schuld oder die Eingehung einer Verbindlichkeit zur Eigentumsübertragung für diesen Fall ist nicht ausgeschlossen[128].

XVI. Pfandleihgewerbe. Für das Pfandleihgewerbe gelten besondere Rechtssätze, die teilweise dem öffentlichen Recht angehören, teilweise aber auch das gemeine Privatrecht abwandeln[129].

Das Pfandleihgewerbe wird schon seit dem Mittelalter durch öffentliche Pfandleihanstalten (montes pietatis, Leihhäuser) betrieben, die als gemeinnützige Einrichtungen zum Besten der ärmeren Volksklassen einst zu den pia corpora gerechnet und mit mancherlei Privilegien (insbesondere der Befreiung vom kirchlichen Zinsverbot) ausgestattet wurden und auch heute als öffentliche Anstalten des Staates oder der Gemeinde bestehen[130]. Die Leihhäuser gewähren nach Mafsgabe ihrer staatlich verliehenen oder bestätigten Satzungen kleine Darlehen zu festem Zinssatz bis zu einem bestimmten Betrage des Taxwertes geeigneter Sachen, die dafür zum Pfande gesetzt werden[131].

---

[127] Hierher gehören insbesondere die Rückkaufsgeschäfte, bei denen die Kreditgewährung in die Form des Kaufpreises, der Lösungsanspruch in die Form des Rückkaufsrechtes gekleidet wird und nicht selten auch eine Rückkaufspflicht besteht; vgl. Seuff. XLI Nr. 85 u. 86. Auch das sog. pignus irregulare gehört hierher; oben Anm. 3.

[128] Derartige Geschäfte sind nichtig, wenn sie eine Umgehung des Verbots der lex commissoria in § 1229 bezwecken. Dies ist zweifellos ausgeschlossen, falls der Schuldner im unmittelbaren Besitz bleibt. Aber auch wohl, wenn der Gläubiger ein blofses Zurückbehaltungsrecht ohne Verkaufsrecht empfängt. Möglich ist auch hier die Einkleidung als Kaufgeschäft (Verkauf unter aufschiebender Bedingung). — Aufschiebend bedingte Übereignung an den Schuldner begegnet bei dem Eigentumsvorbehalt zur Sicherung der Kaufpreisforderung, besonders bei den Abzahlungsgeschäften; vgl. Düringer u. Hachenburg II 552 ff. Nach dem Schweiz. Entw. § 702 ist der Eigentumsvorbehalt wirkungslos; das Eigentum geht trotzdem über.

[129] Soweit letzteres der Fall ist, schützt E.G. Art. 94 das Landesrecht.

[130] Vgl. Würzburger, Art. „Leihhäuser“ im Handwörterb. der Staatswiss. V 601 ff., u. die dort S. 611 angef. Schriften.

[131] Das Nähere bestimmen die Reglements der einzelnen Leihhäuser; vgl. die Nachweise b. Gierke, Genossenschaftsr. I 1067 Anm. 77; Preufs. Kab.O. v. 29. Juni 1826 für die städtischen Leihhäuser, Stat. des Kön. Leihhauses in

Digitized by Google

Daneben können private Pfandleiher das Pfandleihgewerbe betreiben. Doch bedarf der Betrieb dieses Gewerbes obrigkeitlicher Erlaubnis[132] und unterliegt der Regelung durch landesstaatliche Gesetze oder Verordnungen[133]. Dem Pfandleihgewerbe ist dabei der gewerbsmäfsige Abschlufs von Rückkaufsgeschäften gleichgestellt[134].

Die sonderrechtlichen Vorschriften für den Geschäftsbetrieb im Pfandleihgewerbe, die zum Teil gleichmäfsig für Pfandleiher und Pfandleihanstalten, zum Teil nur für die Pfandleiher gelten[135], greifen abwandelnd sowohl in das Obligationenrecht wie in das Sachenrecht ein. Sie beschränken die Vertragsfreiheit in Ansehung der Darlehnsbedingungen durch zwingende

---

Berlin v. 1834 (G.S. S. 23 ff.), Ges. für die Pfandleihanstalten in Kassel v. 10. Apr. 1872 u. 5. Juli 1896; Hamburg. Leihhausordn. v. 29. Dez. 1882 u. 19. Febr. 1892; Leihhaus-O. für das staatliche Leihhaus in Lübeck v. 30. Okt. 1899 (Becher S. 69 ff.).

[132] So allgemein nach älterem Recht (vgl. z. B. Preufs. A. L.R. I, 20 § 263 ff., Pfand- u. Leihreglem. v. 13. März 1787 u. V. v. 4. Apr. 1803); dann wieder, nachdem die R.Gew.O. v. 1869 das Pfandleihgewerbe freigegeben hatte, seit R.Ges. v. 23. Juni 1879 nach R.Gew.O. § 34 (Untersagung des Fortbetriebes nach § 53). — Über den Begriff des Pfandleihgewerbes vgl. Landmann, Bem. 2 zu Gew.O. § 34. Es umfafst nur die Beleihung körperlicher Sachen; R.Ger. XXXIX Nr. 87.

[133] Soweit die Landesgesetze nichts bestimmen, sind durch R.Gew.O. § 38 die Zentralbehörden der Einzelstaaten zum Erlafs von Vorschriften ermächtigt. Vgl. Preufs. Ges., betr. das Pfandleihgewerbe v. 17. März 1881 nebst A.G. z. B.G.B. Art. 41; Sächs. G. v. 21. Apr. 1882; Bad. G. v. 6. Apr. 1854 u. V. v. 9. Juni 1881; Braunschw. G. v. 21. Dez. 1881 u. A.G. z. B.G.B. § 64; Altenb. G. v. 4. Apr. 1882 u. A.G. z. B.G.B. § 92; Kob.-Goth. G. v. 12. Jan. 1887; Anhalt. G. v. 17. März 1899; Hamburg. G. v. 10. Dez. 1880 u. 21. Febr. 1887; Brem. G. v. 16. Okt. 1881; Lüb. G. v. 7. Nov. 1899 u. Ver. von demselben Tage. Ferner Bayr. Min.-Bek. v. 12. Aug. 1879; Württemb. Min.-V. v. 15. März 1882 u. 28. Mai 1882; Hess. V. v. 16. Febr. 1882; Oldenb. V. v. 14. April 1892; Weimar. V. v. 16. Apr. 1882; Sondersh. Min.-V. vom 11. März 1880 nebst A.G. z. B.G.B. Art. 43.

[134] R.Gew.O. § 34 Abs. 2, § 38 Abs. 2; Lüb. G. § 26. Die Zahlung des Kaufpreises gilt als Hingabe des Darlehns, die Übergabe der Sache als Verpfändung, der Unterschied zwischen Kaufpreis und Rückkaufpreis als Vergütung für das Darlehen.

[135] Nach Preufs. Ges. § 21—22 gelten die Vorschriften über den Geschäftsbetrieb der Pfandleiher auch für jüngere kommunale Pfandleihanstalten und können für ältere durch den Minister d. I. in Kraft gesetzt werden. Das Anhalt. G. v. 1899 unterwirft alle kommunalen Pfandleihanstalten seinen Vorschriften; § 24. Anders Sächs. G. § 118. In Lübeck schliefst sich die Leihhaus-O. in den Hauptpunkten an das Ges. über das Pfandleihgewerbe an.

Digitized by Google

Rechtssätze, nach denen einerseits die Zinsen einen festen Höchstbetrag nicht überschreiten dürfen[136], andererseits der Verpfänder, während ihm gegenüber die Fälligkeit frühestens nach sechs Monaten eintritt, jederzeit das Pfand einlösen kann[137]. Sie verpflichten ferner den Pfandleiher, alle Pfänder in ein ordnungsmäfsig geführtes Pfandbuch einzutragen und über jedes Pfand einen die Eintragung wiedergebenden Pfandschein zu erteilen[138]. Die Eintragung in das Pfandbuch ist nach manchen Gesetzen aufser der Einigung und Übergabe erforderlich, um das Pfandrecht zu begründen[139]. Der Pfandschein ist ein unvollkommenes Wertpapier; er legitimiert jeden Inhaber zur Ausübung der Rechte des benannten Verpfänders, ohne dafs die Übertragung der Rechte nachgewiesen zu werden braucht; und die Einlösung des Pfandes erfolgt bis zum Ablauf von drei Wochen nach der Fälligkeit des Darlehens nur gegen Rückgabe des Pfandscheins, während später der Verpfänder das Pfand auch ohne Vorlegung des Pfandscheins einlösen kann[140]. Für den Pfandverkauf gelten besondere Regeln, die sich jedoch an die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die regelmäfsige Form des Selbstverkaufes anlehnen[141]. Die Verpflichtung

---

[136] Das Preufs. G. § 1—3 gestattet monatlich 2 v. H. bei Darlehen bis zu 30 Mark und 1 v. H. bei höheren Beträgen, erlaubt die Festsetzung, dafs die Zinsen mindestens für 2 Monate zu zahlen sind, ordnet die Berechnung der Zinsen und verbietet jede sonstige Vergütung und das Vorausnehmen der Zinsen. Ähnlich Anhalt. § 1—3, Lüb. 1—3. Vgl. Bayr. § 1, Sächs. § 1 Württ. § 3—4, Bad. § 1.

[137] Preufs. G. § 4 u. 7, Sächs. § 3, Württ. § 12, Bad. § 11, Anhalt. § 4—5, Lüb. § 4 u. 8.

[138] Bei Verschiedenheiten des Inhaltes von Pfandbuch und Pfandschein gilt die dem Pfandleiher nachteiligere Feststellung; Preufs. G. § 6, Anhalt. § 6, Lüb. § 6 u. Leihhaus-O. § 14.

[139] So nach Preufs. G. § 5, Altenb. § 5, Lüb. § 5 u. Leihhaus-O. § 13. — Anders Sächs. § 5, Bad. § 9, Anhalt. § 6.

[140] Preufs. G. § 8 u. 17, Württ. § 7 u. 19, Bad. § 5—6, Anhalt. § 7 u. 19, Lüb. § 7 u. 9 nebst Leihhaus-O. § 18—19. Der Pfandschein ist also dauernd ein Legitimationspapier, dagegen nur eine bestimmte Zeit lang ein Einlösungspapier. Wenn der Verpfänder und der Pfandscheininhaber das Pfand verlangen, darf der Pfandleiher nicht an einen von ihnen leisten, mufs vielmehr den Ausgang des Rechtsstreites zwischen beiden abwarten; der Pfandscheininhaber mufs dann seinen Rechtserwerb beweisen; Dernburg, B.R. III § 278 Z. 4. — Brunner, Wertp. S. 235, will den Pfandschein als Papier mit der alternativen Inhaberklausel behandeln.

[141] Nach bisher. Recht erschien das Recht des aufsergerichtlichen Verkaufs vielfach als ein Vorrecht der Pfandleihanstalten und Pfandleiher; oben § 169 S. 968 Anm. 69. Jetzt bestehen die Besonderheiten in dem Wegfall der

Digitized by Google

des Pfandgläubigers zur gehörigen Aufbewahrung des Pfandes ist teilweise verschärft[142]. Nach manchen Gesetzen gilt das Prinzip der reinen Sachhaftung, so daſs der Pfandgläubiger bei zufälligem Untergange des Pfandes seine Forderung verliert und ebenso bei einem Mindererlös keine Ausfallsforderung hat[143]. Einzelne Gesetze legen darüber hinaus dem Pfandgläubiger die Tragung der vollen Gefahr für den Untergang oder die Verschlechterung des Pfandes auf[144].

Den öffentlichen Pfandleihanstalten kann durch Landesgesetz ein Lösungsanspruch gewährt werden, so daſs sie eine ihnen vom Nichtberechtigten verpfändete Sache, auch wenn sie abhanden gekommen war, dem Berechtigten nur gegen Ersatz des Pfandschillings herauszugeben brauchen[145].

§ 171. Das Schiffspfandrecht.

I. Geschichte. Im Anschluſs an das ältere deutsche Recht bildeten die Partikularrechte eine Verpfändung von Schiffen durch öffentliche Beurkundung aus, wobei die Besitzübertragung zunächst meist durch Übergabe der mit einem beglaubigten Vermerk versehenen Schiffsurkunden oder ihrer beglaubigten Abschrift, mehr und mehr aber durch Eintragung in das Schiffsregister ersetzt

---

Androhung, in längeren Fristen, in Bestimmungen über Zeit und Ort der Versteigerung, in der Behandlung des Mehrerlöses (Zahlung oder Hinterlegung, ev. Anfall an die Ortsarmenkasse) und in der Regelung der Ersatzansprüche wegen ungehörigen Verkaufs (Verjährung in 5 Jahren); vgl. Preuſs. G. § 10—16, Sächs. § 6 ff., Württ. § 13 ff., Bad. § 13 ff., Anh. § 8—15, Lüb. § 12 ff. — Die öffentlichen Pfandleihanstalten können die Versteigerung durch einen ihrer vereidigten Beamten bewirken lassen; Preuſs. G. § 21 Abs. 2, Anhalt. § 24, Lüb. Leihhaus-O. § 24 ff.

[142] Versicherungspflicht z. B. nach Bayr. Bekanntm. Nr. 3, Sächs. G. § 11, Anhalt. § 16. Verbot der Weiterverpfändung im Lüb. G. § 10.

[143] Lüb. G. § 11 u. Leihhaus-O. § 23; Sächs. G. § 12; Anhalt. § 17. Nach Hamb. R. verliert wenigstens im Falle der zufälligen Vernichtung oder Beschädigung des Pfandes der Pfandleiher oder das Leihhaus die Forderung; Stobbe-Lehmann § 165 Anm. 56.

[144] So nach Lüb. G. § 20 u. Leihhaus-O. § 33, wenn der Verlust oder die Beschädigung nicht vom Verpfänder verursacht oder durch die Beschaffenheit des Pfandes entstanden ist, nach Sächs. G. § 12 u. Anhalt. § 17 wenigstens bei Brandschaden. Als Wert des Pfandes wird dabei das Anderthalbfache der Forderung angenommen (nur beim Leihhaus in Lübeck dafür der bei der Verpfändung geschätzte Wert).

[145] E.G. Art. 94 Abs. 2. Dazu Bayr. A.G. z. B.G.B. Art. 91, Bad. Art. 29, Braunschw. § 63, Altenburg. § 91; Lüb. Leihhaus-O. § 21.

Digitized by Google

wurde[1]. Das Handelsgesetzbuch griff, obschon es im übrigen die besonderen sachenrechtlichen Verhältnisse der Seeschiffe regelte, in diese Materie nicht ein[2]. Dagegen erhob das Binnenschiffahrtsgesetz für die in das Schiffsregister eingetragenen Binnenschiffe die Eintragung in das Schiffsregister zur ausschliefslichen Verpfändungsform[3]. Durch das B.G.B. ist für alle in das Schiffsregister eingetragenen Schiffe ein gemeinrechtliches Registerpfandrecht geschaffen[4].

II. Gegenstand. Den Gegenstand des Schiffspfandrechts kann jedes in das Schiffsregister eingetragene Seeschiff oder Binnenschiff bilden[5]. Desgleichen die Schiffspart eines Mitreeders[6]. Nach Landesrecht ist auch ein Registerpfandrecht an einem im Bau befindlichen Schiff möglich[7]. Die Verpfändung eines eingetragenen

---

[1] Das Preufs. A. L.R. I, 20 § 300 ff. ermöglichte die Verpfändung durch „symbolische Übergabe“ mittels gerichtlichen oder notariellen Vermerks auf den Schiffsurkunden (Beilbrief und Zertifikat oder sonstiger Eigentumsurkunde) und Übergabe einer beglaubigten Abschrift; das E.G. zum H.G.B. Art. 59 setzte für Seeschiffe die Eintragung in das Schiffsregister des Heimatshafens an die Stelle (ausgedehnt auf Neuvorpommern und Rügen durch Ges. v. 26. Mai 1873 § 48 ff., auf Schleswig-Holstein durch Ges. v. 27. Mai 1873 § 48 ff.). Vgl. ferner Oldenb. G. v. 3. Apr. 1876 u. 23. März 1889, Meckl.-Schw. V. v. 28. März 1881, Lüb. G. v. 18. Jan. 1882, Hamb. G. v. 27. Apr. 1885. Dazu Lewis in Endemanns Handb. IV 1 S. 21, Schröder ebenda S. 299 ff., Dernburg, Preufs. P.R. § 360 Z. 2, Stobbe-Lehmann § 165 Anm. 11.

[2] Für ganz Deutschland machte jedoch das E.G. zur Konk.O. § 14 das Absonderungsrecht im Konkurse von der Wahrung einer der beiden bezeichneten Verpfändungsformen abhängig.

[3] B.Sch.G. § 131—137 (nach § 135 nur subsidiär); aufgehoben durch E.G. zum neuen H.G.B. Art. 12.

[4] B.G.B. § 1259—1272. Vgl. Dernburg, B.G. § 276; Endemann, B.R. II § 142; Cosack, H.R. § 35 Z. 2; H. Lehmann, B.R. II § 129; Knitzschky b. Gruchot XLV 782 ff.; Schaps, Das deutsche Seerecht, 1897, S. 16 ff.; E. Boyens, Das deutsche Seerecht, Bd. II, 1901, S. 32 ff.; Biermann, Planck, Kober zu B.G.B. § 1259 ff.

[5] B.G.B. § 1259; R.Ges. v. 22. Juni 1899 § 4 ff.; B.Sch.G. § 119 ff.

[6] B.G.B. § 1272. Das Pfandrecht an der Schiffspart steht, da die Reederei Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand ist, keineswegs einem Pfandrecht an einem gewöhnlichen Miteigentumsanteil gleich; es begründet keine Bruchteilshaftung des Schiffes, sondern nur eine Haftung des durch die Gemeinschaft gebundenen Anteils in seinem sonderrechtlichen Bestande; darum kann es mit einem Pfandrecht am Schiff nicht konkurrieren, sondern wird durch ein solches, auch wenn dieses jünger ist, beschränkt. Die Anwendung des § 1258 auf das Pfandrecht an einer Schiffspart ist ausgeschlossen: Planck Bem. 2 d, Kober Bem. 2; a. M. Biermann Bem. 2, zum Teil auch Knitzschky S. 825 ff.

[7] E.G. z. H.G.B. Art. 20. Dazu Brem. A.G. z. B.G.B. § 30 (Verpfändung

Schiffes auf anderem Wege ist im Bereich des bürgerlichen Rechts ausgeschlossen[8]. An nicht eingetragenen Schiffen kann nur ein Faustpfandrecht bestellt werden[9].

III. Wesen. Das rechtliche Wesen des Schiffspfandrechtes ist das eines Fahrnispfandrechtes, das aber weder Besitz voraussetzt noch ein Recht auf den Besitz gewährt. Grundsätzlich finden daher die Vorschriften über das Fahrnispfandrecht insoweit Anwendung, als sie nicht durch den Pfandbesitz bedingt sind[10]. Das Schiffspfandrecht teilt insbesondere mit dem Faustpfandrecht die Unselbständigkeit[11]. Allein in zahlreichen Punkten ist es nach Art einer Hypothek geregelt, bei der das Schiffsregister die Rolle des Grundbuches spielt[12]. Demgemäfs gelten Abweichungen vom sonstigen Fahrnispfandrecht, die sämtlich dem Vorbilde des Liegenschaftsrechtes folgen und das Schiffspfandrecht stark einer Sicherungshypothek an einem Grundstück annähern.

IV. Besonderheiten nach dem Vorbilde des Liegenschaftsrechts.

1. Bestellung. Das Schiffspfandrecht wird gleich der Sicherungshypothek durch dinglichen Vertrag und Eintragung bestellt[13]. Es kann nur zur Sicherung einer Geldforderung von

---

durch Eintragung in das besondere Register für Pfandrechte an im Bau befindlichen Schiffen; das Pfandrecht erlischt mit der Eintragung des Schiffes in das Schiffsregister, der Pfandgläubiger kann aber die Eintragung eines Pfandrechts mit gleichem Range verlangen; im übrigen gelten die Vorschriften des B.G.B.).

[8] Ältere nicht eingetragene Pfandrechte bestehen fort; ihre Eintragung erfolgt im Wege der Berichtigung des Schiffsregisters; Brem. A.G. z. B.G.B. § 45—52.

[9] Dies gilt auch, soweit bisher eine Verpfändung durch Urkundungsakt (oben Anm. 1) zulässig war.

[10] B.G.B. § 1266.

[11] Daher kann es ohne Forderung weder entstehen noch fortbestehen und folgt unbedingt der Forderung. In der Ausschliefsung der Eigentümerhypothek liegt der Hauptunterschied von der Sicherungshypothek, deren Unselbständigkeit sich nur in Ansehung des Gläubigerrechtes, nicht in Ansehung des Bestandes der Hypothek äufsert.

[12] Das Verfahren bei Eintragung und Löschung von Pfandrechten im Schiffsregister ist im Freiw. G.G. § 100—124 durch Vorschriften geregelt, die sich an die Grundbuchordnung anlehnen.

[13] B.G.B. § 1260 Abs. 1; dabei sind § 873 Abs. 2 und § 878 anwendbar. Vgl. Freiw. G.G. § 100—101, 106—111, 113—114, 116, 121—124. Die Eintragung ist nach § 120 auf dem Schiffszertifikat oder Schiffsbriefe und, wenn eine Urkunde über die Pfandforderung vorgelegt wird, auch auf dieser zu vermerken.

Digitized by Google

bestimmtem Betrage bestellt werden[14]. Zulässig aber ist auch hier die bloſse Bestimmung des Höchstbetrages, bis zu dem das Schiff haften soll[15]. Nach dem Muster der Order- oder Inhaberhypothek ist das Schiffspfandrecht für Forderungen aus Order- oder Inhaberpapier zugelassen und geregelt[16].

2. Rang. Hinsichtlich der Bestimmung des Ranges durch die Eintragung, sowie der Rangänderung und des Rangvorbehaltes sind die Vorschriften des Liegenschaftsrechts anwendbar[17].

3. Publizität. Die Eintragung ins Schiffsregister verschafft dem Pfandrecht Offenkundigkeit und schützt daher im Falle der Veräuſserung oder weiteren Belastung des Schiffs den Bestand und den Rang des Pfandrechts auch gegenüber dem gutgläubigen Erwerber[18]. Eine unrichtige Löschung zerstört die Offenkundigkeit und bedroht daher das Pfandrecht mit Untergang oder Rangschwächung, wenn ein Dritter auf rechtsgeschäftlichem Wege in gutem Glauben das Eigentum am Schiff oder ein nachstehendes Pfandrecht erworben hat[19]. Darum ist auch, falls das Schiffsregister in Ansehung eines Pfandrechts unrichtig ist, ein Berichtigungsanspruch begründet und als Schutzmittel gegen eine unrichtige Löschung die Eintragung eines Widerspruchs zulässig[20].

---

[14] Die Miteintragung des Gläubigers, des Geldbetrages der Forderung und des Zinssatzes ist wesentlich; B.G.B. § 1260 Abs. 2.

[15] B.G.B. § 1271; in den Höchstbetrag sind auch hier die Zinsen einzurechnen.

[16] B.G.B. § 1270. Auch hier ist die Bestellung eines Treuhänders nach § 1189 möglich. Für das Inhaberschiffspfandrecht gilt § 1188. Vgl. ferner Freiw. G.G. § 112, 117, 120 Abs. 2.

[17] B.G.B. § 1261 mit Verweisung auf § 879—881 u. § 1151.

[18] B.G.B. § 1262 Abs. 1 (abweichend von § 936 Abs. 1).

[19] B.G.B. § 1262 Abs. 2. Der Schutz des gutgläubigen Erwerbes ist hier unabhängig von der Besitzerlangung, kommt daher auf Grund des § 936 Abs. 1 S. 1 dem neuen Eigentümer auch zugute, wenn er das Eigentum gemäſs H.G.B. § 474 ohne Übergabe erlangt hat. Umgekehrt schützt der Besitz des Schiffes abweichend von § 936 Abs. 3 nicht das gelöschte dingliche Recht. Der Vorrang des gutgläubig erworbenen jüngeren Pfandrechts tritt hier nicht nur abweichend vom sonstigen Fahrnispfandrecht (oben § 170 S. 992 Anm. 104) für den ein, dem ein vorher bestelltes Pfandrecht nach der Löschung übertragen wird, sondern auch trotz Mangels einer Übergabe gemäſs § 1208 S. 1 für den, der sich nach der Löschung ein Pfandrecht bestellen läſst; a. M. Knitzschky S. 821; vgl. aber gegen ihn Boyens II 39, Biermann Bem. 3, Planck Bem. 2 c.

[20] B.G.B. § 1263 mit Verweisung auf § 894, 895, 897, 898 u. 899 Abs. 2. Vgl. ferner Freiw. G.G. § 102—103, 119, 122—123. Auch eine Vormerkung kann eingetragen werden.

Digitized by Google

Im übrigen dagegen kommt dem Schiffsregister öffentlicher Glaube keineswegs zu. Die wirksame Bestellung eines Pfandrechts durch den Nichteigentümer ist hier ausgeschlossen[21]. Durch die Eintragung entsteht niemals ein Pfandrecht, wenn es an den materiellen Voraussetzungen dafür fehlt[22]. Wer im Vertrauen auf das Schiffsregister ein eingetragenes Pfandrecht, das nicht entstanden oder erloschen oder mit einer Einrede behaftet ist, oder ein Recht an einem solchen Pfandrechte erwirbt, ist ungeschützt[23].

4. Umfang der Haftung. Kraft des Schiffspfandrechtes haftet das Schiff für Forderung und Zinsen nach Maſsgabe der Eintragung und in gleichem Umfange, wie das Grundstück kraft der Hypothek, für gesetzliche Zinsen und Kosten; eine nachträgliche Erweiterung der Haftung für Zinsen bis zur Höhe von fünf v. H. ist in derselben Weise, wie bei der Hypothek, zulässig[24].

5. Gegenstand der Haftung. Die Haftung ergreift außer dem Schiffe das Zubehör nach den für die Hypothek geltenden Vorschriften[25]. Dagegen erstreckt sie sich nicht auf die Fracht und nicht auf die Versicherungsgelder[26].

6. Übertragung. Die Übertragung des Schiffspfandrechtes richtet sich nach Fahrnisrecht. Der neue Pfandgläubiger hat aber einen Anspruch auf Berichtigung des Schiffsregisters. Gleiches gilt in Ansehung der Belastung des Schiffspfandrechtes[27].

7. Befriedigung. Der Schiffspfandgläubiger kann gleich

---

[21] Die Eintragung als Eigentümer im Schiffsregister erfolgt nur behufs Feststellung der Nationalität des Schiffes und begründet keine privatrechtliche Legitimation. Die Vorschrift des § 1207 aber ist unanwendbar, weil sie Erlangung des Pfandbesitzes voraussetzt. A. M. Boyens I 112 ff., II 37 Anm. 4. Vgl. aber Knitzchky S. 791 ff.

[22] Somit auch nicht, wenn nur die Forderung nicht besteht, ein Eigentümerpfandrecht. Demgemäſs hat auch das Höchstbetragsschiffspfandrecht eine andere Bedeutung, als die Höchstbetragshypothek; es ist durch die Entstehung der Forderung bedingt (oben § 170 S. 972 Anm. 11).

[23] Während also bei der Sicherungshypothek der Erwerber nur auf den Bestand der eingetragenen Forderung sich nicht verlassen kann, bietet ihm hier die Eintragung auch keine Gewähr für den Bestand des dinglichen Rechts.

[24] B.G.B. § 1264 (mit Verweisung auf § 1118).

[25] B.G.B. § 1265 mit Verweisung auf § 1121 u. 1122. Zubehörstücke, die nicht in das Eigentum des Schiffseigentümers gelangt sind, sind auch hier ausgenommen.

[26] Im Falle des Notverkaufes durch den Schiffer aber tritt das Kaufgeld an die Stelle des Pfandes; H.G.B. § 764 Abs. 2.

[27] Vgl. Freiw. G.G. § 104.

Digitized by Google

dem Hypothekengläubiger seine Befriedigung aus dem Pfande nur im Wege der Zwangsvollstreckung suchen[28]. Die Zwangsvollstreckung in Schiff und Zubehör erfolgt nach den für die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen geltenden Vorschriften, findet aber nur durch Zwangsversteigerung, nicht durch Zwangsverwaltung statt[29]. Die Zwangsvollstreckung in eine verpfändete Schiffspart erfolgt durch Pfändung[30].

8. Beendigung. Die Beendigung des Schiffspfandrechtes tritt nach den für das Fahrnispfandrecht geltenden Regeln ohne Löschung ein[31]. Die Löschung kann aber verlangt werden[32]. Darum hat der Verpfänder, wenn er von seinem Befriedigungsrechte Gebrauch macht, den Anspruch auf Aushändigung der zur Löschung erforderlichen Urkunden[33]. Ist der Pfandgläubiger unbekannt, so kann er unter denselben Voraussetzungen, wie ein Hypothekengläubiger, im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden; die Wirkung des Ausschlufsurteils besteht aber hier im Erlöschen des Pfandrechts[34].

V. Verhältnis zum Pfandrecht der Schiffsgläubiger. Neben dem Schiffspfandrechte des bürgerlichen Rechts bestehen die gesetzlichen Pfandrechte der Schiffsgläubiger nach Seerecht und Binnenschiffahrtsrecht, die aufser Schiff und Zubehör auch die Fracht ergreifen[35]. Ein Schiffsgläubigerpfand-

---

[28] B.G.B. § 1268.

[29] C.Pr.O. § 864—865, 870 Abs. 2; über das Verfahren Zw.V.G. § 162—171 (dabei finden die Vorschriften über das geringste Gebot keine Anwendung; das Meistgebot ist in seinem ganzen Betrage durch Zahlung zu berichtigen; für eine im Verteilungstermin nicht berichtigte Forderung ist ein Pfandrecht einzutragen, das mit der Eintragung entsteht, auch wenn der Ersteher das Schiff inzwischen veräufsert hat).

[30] Gemäfs C.Pr.O. § 858.

[31] Daher durch Untergang der Forderung, Untergang der Sache, Aufhebungserklärung des Gläubigers, Vereinigung; ferner durch pfandfreien Erwerb des Eigentums im Falle des § 1262 Abs. 1 und in den Fällen der Zwangsversteigerung und des Notverkaufs durch den Schiffer (H.G.B. § 764 Abs. 2). Das Erlöschen durch Rückgabe fällt natürlich weg; im Falle des § 1254 kann statt der Rückgabe die Aufhebung des Pfandrechts verlangt werden; B.G.B. § 1266 S. 2.

[32] Die Löschung darf nur mit Zustimmung des eingetragenen Eigentümers erfolgen; diese ist aber nicht erforderlich, wenn die Unrichtigkeit des Registers nachgewiesen wird; Freiw. G.G. § 105.

[33] B.G.B. § 1267. Das gleiche Recht hat der befriedigende persönliche Schuldner, wenn er ein Interesse an der Berichtigung des Schiffsregisters hat.

[34] B.G.B. § 1269. Im übrigen gelten die § 1170—1171.

[35] H.G.B. § 755 ff., B.Sch.G. § 103 ff.; Gierke, in der Encykl. v. Holtzen-

Digitized by Google

recht entspringt nach Seerecht auch der rechtsgeschäftlichen Verpfändung von Schiff und Fracht (mit oder ohne Ladung) durch Bodmereivertrag des Schiffers[36]. Diese Pfandrechte fordern weder Besitz noch Eintragung und erstrecken sich auch auf nicht eingetragene Schiffe[37]. Die Pfandrechte der Schiffsgläubiger des Seerechts gehen unbedingt jedem anderen Pfandrechte an den belasteten Gegenständen und somit auch in Ansehung eines eingetragenen Schiffes mit Zubehör jedem Registerpfandrecht vor[38]. Nach Binnenschiffahrtsrecht beschränkt sich der Vorrang des Pfandrechts der Schiffsgläubiger vor sonstigen älteren Pfandrechten in Ansehung des mithaftenden Schiffes mit Zubehör auf die drei ersten Klassen der Schiffsgläubiger[39].

§ 172. Pfandrecht an Rechten[1].

I. Überhaupt. Gegenstand des Pfandrechts kann nicht nur eine körperliche Sache, sondern auch ein Recht sein. Handelt

---

dorff-Kohler 1 1023. Diese Pfandrechte gehen überdies nicht nur gleich dem Pfandrecht des bürgerlichen Rechts auf den Erlös aus Notverkauf (oben Anm. 26) und aus Zwangsversteigerung, sondern auch auf den als Havereivergütung oder als Entschädigung aus rechtswidriger Handlung zu leistenden Ersatz über. Ihren Gegenstand bildet also das Schiffsvermögen als Sondervermögen. Sie begründen eine Sachhaftung, neben der eine unbeschränkte oder beschränkte persönliche Haftung bestehen kann, aber nicht zu bestehen braucht. Man wird daher eine selbständige dingliche Schuld des jeweiligen Eigentümers des Schiffsvermögens annehmen müssen. Vgl. V. Ehrenberg, Das Recht des Schiffsgläubigers, Göttinger Festschrift für Regelsberger 1901, S. 1 ff., der aber eine obligatio in rem scripta (mit dinglichem Zwangsapparat) konstruiert (S. 34 ff.).

[36] H.G.B. § 679—699; Gierke a. a. O. S. 1019 ff. Wesentliche Form ist die Ausstellung eines Bodmereibriefes. Die Wirkung ist reine Sachhaftung. Der Bodmereigläubiger ist Schiffsgläubiger (H.G.B. § 754 Z. 6), sein Pfandrecht steht den gesetzlichen Pfandrechten gleich (§ 759).

[37] Ihre Rangordnung untereinander richtet sich nach H.G.B. § 767—771 u. 777, B.Sch.G. § 106—108 u. 116.

[38] H.G.B. § 776.

[39] B.Sch.G. § 109. Den in § 102 Z. 4—6 aufgezählten Schiffsgläubigerpfandrechten geht somit ein älteres Registerpfandrecht vor.

[1] Büchel, Civilrechtl. Erörter. I Nr. 3 (1834, 2. Aufl. 1847); Dernburg. Pfandr. I 97 ff.; Sohm, Die Lehre vom subpignus, 1864; Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjekte, 1867; Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs, 1873, S. 75 ff.; Marcus, Die Verpfändung von Forderungen, 1876; Hellwig, Verpfändung und Pfändung von Forderungen, 1889; I. Lazarus. Pfandrecht an Forderungen, 1889; Demelius a. a. O. S. 237 ff.; R. Horn, Rechte als Objekte des Pfandrechts, Teschen 1897; Stobbe-Lehmann II § 165 Z. 3; Windscheid § 227. — Cosack, B.R. II § 246—247;

Digitized by Google

es sich um eine liegenschaftliche Gerechtigkeit, die einem Grundstücke gleichgestellt ist, so gelten die Regeln über Grundpfandrechte[2]. Im übrigen dagegen erscheint das Rechtspfandrecht, auch wenn das belastete Recht ein Recht an einem Grundstück oder an einer liegenschaftlichen Gerechtigkeit ist, als eine Abart des Fahrnispfandrechts, auf das daher die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen insoweit, als sich nicht aus der Natur der Sache oder aus besonderen Bestimmungen Abweichungen ergeben, entsprechende Anwendung finden[3]. Nur von dem fahrnisrechtlichen Rechtspfandrecht ist hier noch zu handeln.

II. Wesen. Das Pfandrecht an einem Recht ist ein dingliches Recht an dem als unkörperliche Sache vorgestellten Rechtsgegenstande. Es unterwirft diesen Gegenstand einer mit dem Inhalt eines Pfandrechts ausgerüsteten Mitherrschaft des Pfandgläubigers. Der Rechtsgegenstand haftet mit seinem Vermögenswerte für eine Forderung des Pfandgläubigers, der ihn bei dieser Haftung festhalten und eintretenden Falles aus ihm Befriedigung suchen kann. Die hierzu erforderliche Rechtsmacht an dem Gegenstande ist von dem Stammrecht, das als Oberrecht fortbesteht und die Fähigkeit behält, durch Lösung der Haftung wieder zum Vollrecht anzuschwellen, als ein begrenztes Unterrecht abgezweigt. Dadurch wird nicht nur die Rechtsmacht des Stammberechtigten über den Gegenstand beschränkt und gebunden, sondern auch dem Pfandgläubiger eine selbständige Rechtsmacht Dritten gegenüber verschafft. Je nach der Beschaffenheit des belasteten Rechts und namentlich bei absoluten und relativen Rechten ist die dingliche Wirkung des Pfandrechts von ungleicher Tragweite. Immer aber liegt in Ansehung des unkörperlichen Rechtsgegenstandes ein dem Verhältnis zwischen Eigentum und begrenztem dinglichen Recht an einer körperlichen Sache entsprechendes Verhältnis sachenrechtlicher Struktur vor[4].

Endemann II § 143 ff.; H. Lehmann II 369 ff.; Dernburg III § 279 ff.; v. Schwind S. 152 ff.; Komm. von Biermann, Planck, Kober, Neumann u. A. zu B.G.B. III Abschn. IX Tit. 2. — Preuſs. A. L.R. I, 20 § 281 ff.; Österr. Gb. § 448; Sächs. Gb. § 495 ff.; Schweiz. O.R. Art. 215 ff., Entw. des Schweiz. P.R. § 884 ff. (Vorentw. 878 ff.); B.G.B. § 1273 ff.

[2] Vgl. oben § 119 II S. 309 ff., § 141 VII S. 619 ff., § 142, § 155 ff. So auch bei Kuxen des alten Rechts; oben § 142 S. 629 Anm. 39. — Die Vorschriften des B.G.B. über „Pfandrecht an Rechten" sind hier unanwendbar.

[3] B.G.B. § 1273.

[4] Das oben § 147 VII S. 690 ff. über den Nieſsbrauch an Rechten Gesagte gilt, von dem verschiedenen Inhalt des Rechtes abgesehen, auch hier.

Digitized by Google

III. Zulässigkeit. Zur Belastung mit einem Pfandrechte sind alle Rechte geeignet, die einen Vermögenswert haben und behufs Verwertung von ihrem Subjekt losgelöst werden können und dürfen.

Unverpfändbar ist nach dem B.G.B. ein Recht insoweit, als es nicht übertragbar ist[5]. Kann ein Recht nur der Ausübung nach übertragen werden, so ist nur die Bestellung eines Pfandrechts an der Ausübungsbefugnis möglich[6]. Ist ein Recht nur in Verbindung mit einem anderen Rechte übertragbar, so ist es auch nur in gleicher Weise verpfändbar[7].

In demselben Umfange, in dem ein Recht nicht verpfändet werden kann, ist es regelmäfsig auch der Begründung eines Pfandrechts durch Pfändung entzogen[8] oder nur hinsichtlich der Ausübung unterworfen[9] oder nur mittelbar zugänglich[10]. Doch sind einerseits manche Rechte, obschon sie nicht verpfändet werden können, der Pfändung ausgesetzt[11]. Andererseits gibt es Rechte,

[5] B.G.B. § 1274 Abs. 2. Ganz wie nach § 1069 Abs. 2 unbelastbar mit einem Nießbrauch. Es gilt daher das oben § 147 VII S. 689 ff. Gesagte.

[6] So kann beim Nießbrauch der Anspruch auf Ausübung verpfändet werden; oben § 147 I 7 S. 684. Ein Gesellschafter kann die Ansprüche aus B.G.B. § 717 verpfänden.

[7] Somit unterliegen Realrechte nur den am Grundstück bestehenden Grundpfandrechten. Pfandrechte sind nur mit der Forderung verpfändbar; oben § 170 S. 992 Anm. 101. Ebenso Hypotheken, während Grundschulden und Rentenschulden für sich verpfändbar sind; oben § 159 IV 5 S. 871, § 160 S. 881 Anm. 15.

[8] Die nach C.Pr.O. § 850 und anderen Gesetzen (z. B. R.G. v. 20. Mai 1898 § 5 Abs. 4) unpfändbaren Forderungen sind nach B.G.B. § 400 auch unverpfändbar, die nach B.G.B. unübertragbaren und somit unverpfändbaren Forderungen nach C.Pr.O. § 851 Abs. 2 auch unpfändbar. Gleiches gilt nach B.G.B. § 413 u. C.Pr.O. § 857 für andere Rechte.

[9] C.Pr.O. § 857 Abs. 3—4. Das Pachtrecht ist gleich dem Mietsrecht (entgegen dem Vorschlage des Entw. III zu C.Pr.O. § 749 h Abs. 3) auch der Ausübung nach nur mit Einwilligung des Verpächters pfändbar (B.G.B. § 549 Abs. 1, 581 Abs. 2, 596 Abs. 2).

[10] Über Pfändung des Pfandrechts mit der Forderung oben § 170 S. 992 u. S. 993 Anm. 106; über Pfändung der Grundpfandrechte § 159 IV 5 S. 871, § 160 S. 881 Anm. 15.

[11] So sind Forderungen, bei denen die Leistung nicht ohne Veränderung ihres Inhalts an einen anderen Gläubiger erfolgen kann oder deren Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist, gemäfs B.G.B. § 399 unverpfändbar, dagegen nach C.Pr.O. § 851 Abs. 2 insoweit, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist, behufs Überweisung zur Einziehung pfändbar. Ferner kann der nach B.G.B. § 719 unverpfändbare Anteil am Gesellschaftsvermögen im Ganzen nach C.Pr.O. § 859 gepfändet werden. Ebenso der Anteil am Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft nach deren Beendigung; C.Pr.O. § 860 Abs. 2.

Digitized by Google

deren Pfändung unzulässig ist, während ihrer Verpfändung nichts entgegensteht[12].

IV. Begründung.

1. Die rechtsgeschäftliche Bestellung des Pfandrechts an einem Recht erfolgt nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften[13]. Soweit hiernach die Verpfändung nur durch Eintragung im Grundbuch zustande kommt, stellt der Bucheintrag an Stelle des Pfandbesitzes die Offenkundigkeit des Pfandrechtes her[14]. Soweit zur Übertragung und somit auch zur Verpfändung eines Rechts die Übergabe einer Sache (insbesondere einer Urkunde) erforderlich ist, vermittelt der Sachbesitz die Offenkundigkeit auch des Rechtspfandrechtes, mufs aber demgemäfs die Erfordernisse des Pfandbesitzes erfüllen[15]. Soweit dagegen zur Übertragung des Rechts der Abtretungsvertrag genügt, reicht an sich auch zur Verpfändung der Verpfändungsvertrag aus, ohne dafs ein allgemeiner Ersatz für den die Verpfändung erkennbar machenden Pfandbesitz geboten wäre[16]. Nur wenn es sich um eine

[12] So ist der Pflichtteilsanspruch stets verpfändbar (B.G.B. § 2317), aber nur, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist, pfändbar (C.Pr.O. § 452). Ebenso der Anspruch des Schenkers aus B.G.B. § 528. Auch die Beschränkungen der Pfändung in Ansehung der kraft ehemännlicher oder elterlicher Nutzniefsung erworbenen Früchte und der Nutzungen einer nach B.G.B. § 2338 gebundenen Erbschaft in C.Pr.O. § 861—863 gehen über die Beschränkungen der Verpfändbarkeit hinaus. Insbesondere aber ist bei Urheberrechten und Erfinderrechten die Verpfändung (oben Bd. I 807 Anm. 11, 889 Anm. 11) in weiterem Umfange zulässig, als die Pfändung (a. a. O. S. 813 ff., 847 Anm. 43, 892). Wenn jetzt das Urheberrechtsges. v. 19. Juni 1901 § 10 ausdrücklich die Zwangsvollstreckung in das Urheberrecht gegen den Urheber selbst ohne dessen persönliche Einwilligung und vor dem Erscheinen des Werkes auch gegen den Erben ausschliefst, so ist damit die Verpfändung durch den Urheber oder den Erben nicht beschränkt. Vgl. auch Österr. Urheberrechtsges. v. 26. Dez. 1895 § 14.

[13] B.G.B. § 1274 Abs. 1 S. 1; wie beim Niefsbrauch nach § 1069 Abs. 1.

[14] So bei einer Reallastberechtigung, Buchhypothek oder Buchgrundschuld; oben § 149 S. 729 Anm. 59, § 162 S. 897 Anm. 4.

[15] B.G.B. § 1274 Abs. 1 S. 2. Mithin ist Besitzauftragung unzureichend, Einräumung von gehörig gebundenem Mitbesitz ausreichend. So bei der Verpfändung eines Briefgrundpfandrechtes (oben § 161 S. 893 IV 2) und jedes in einem Wertpapier verkörperten Rechts. — Keiner Übergabe bedarf es zur Verpfändung des Pfandrechts an einer beweglichen Sache (oben § 170 S. 992 Anm. 101); der Afterpfandgläubiger erlangt nur einen Anspruch auf Herausgabe. Ebensowenig ist zur Verpfändung des Rechtes auf Ausübung eines Niefsbrauches Übergabe erforderlich; anders Sächs. Gb. § 496—497.

[16] So fehlt es an jedem Publizitätserfordernis für die Verpfändung von

Digitized by Google

Forderung handelt, deren Übertragung durch bloſsen Vertrag erfolgen kann, hängt die Wirksamkeit der Verpfändung von einer Anzeige des Gläubigers an den Schuldner ab[17]. Einer Beurkundung der Verpfändung oder einer Übergabe der Schuldurkunde, wie sie das bisherige Recht meist verlangt[18], bedarf es auch bei einer verbrieften Forderung nicht[19]. Doch ist die Wirksamkeit der Verpfändung einer Buchforderung gegen das Reich oder einen Staat durch Eintragung in das Reichs- oder Staatsschuldbuch bedingt[20].

Ein Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbes gegenüber einem Mangel im Recht des Verpfänders oder einem das verpfändete Recht bereits belastenden Recht eines Dritten findet hier grundsätzlich nicht statt. Er tritt jedoch insoweit ein, als ihn

---

Urheberrechten. Bei Patentrechten ist die Eintragung in die Patentrolle zur Wirksamkeit gegen Dritte erforderlich; oben § 147 S. 690 Anm. 56. Ist die Abtretung an eine Form gebunden, so bedarf die Verpfändung der gleichen Form. So kommt die Verpfändung der Geschäftsanteile an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nur durch dinglichen Vertrag in gerichtlicher oder notarieller Form zustande, während der obligatorische Verpfändungsvertrag formfrei ist; R.Ger. LVIII Nr. 57.

[17] B.G.B. § 1280. Die Anzeige vertritt die Besitzübertragung; sie muſs vom Gläubiger ausgehen und wird weder durch eine Anzeige des Pfandgläubigers oder sonstige Kenntniserlangung des Schuldners, noch durch Übergabe der Schuldurkunde ersetzt. — Auf Rechte, die keine Forderungen sind, ist § 1280 unanwendbar. So z. B. auf Gesellschaftsanteile; R.Ger. XVII Nr. 94.

[18] Das Preuſs. A. L.R. I, 20 § 281 u. 288 mit V. v. 9. Dez. 1809 fordert bei verbrieften Forderungen schriftliche Verpfändung und Übergabe der Schuldurkunde, bei unverbrieften Forderungen Bekanntmachung an den Schuldner; R.Ger. I Nr. 67, XV Nr. 14, XX Nr. 64. Auch sonst wird bei verbrieften Forderungen meist Übergabe der Schuldurkunde verlangt; Braunschw. Pf.G. § 11 u. 13, Bremer Handf.O. § 122 ff., Schweiz. O.R. Art. 215, Regelsberger, H.R. § 11 III. Vielfach wird sogar nur eine Verpfändung durch Urkundenübergabe zugelassen und die Verpfändung unverbriefter Forderungen ganz ausgeschlossen; Württ. Pf.G. Art. 246, 248, Pfandentwickl.Ges. Art. 40; Hannov. § 50; Hess. Art. 171; Oldenb. Art. 26; Reuſs ä. L. G. v. 3. Jan. 1874; Sächs. Gb. § 502; Code civ. Art. 2075—2076. Vgl. dazu E.G. zur alten Konk.O. § 15 u. 16; Stobbe-Lehmann § 165 Anm. 22—23, 25—27; Motive III 851 Anm. 3, 853 Anm. 1, 855 Anm. 1.

[19] Der Pfandgläubiger erlangt aber bei einer verbrieften Forderung nach B.G.B. § 952 das Pfandrecht an der Urkunde und kann daher deren Herausgabe verlangen. — Auch die Verpfändung einer mit einem Pfandrecht an einem Grundpfandrecht verbundenen Forderung kommt durch Vertrag und Anzeige zustande; der Pfandgläubiger kann aber die Eintragung im Grundbuch verlangen; Grdb.O. § 26 Abs. 2.

[20] R.G. v. 31. Mai 1891 § 7; E.G. Art. 97; Preuſs. G. v. 20. Juli 1883 § 7.

Digitized by Google

der öffentliche Glaube des Grundbuchs oder die Legitimationskraft eines Wertpapieres mit sich bringt[21].

2. Kraft Gesetzes entsteht, falls an Geld oder Wertpapieren, die behufs Sicherheitsleistung hinterlegt werden, das Eigentum auf den Fiskus oder die als Hinterlegungsstelle bestimmte Anstalt übergeht, mit der Hinterlegung ein Pfandrecht des Berechtigten an der Forderung auf Rückerstattung[22].

3. Die Begründung des Pfändungspfandrechts an einem Recht erfolgt durch gerichtlichen Pfändungsbeschlufs in Verbindung mit einem die Pfändung offensichtlich machenden Akte, der bei den einzelnen Arten der Rechte den für ihre rechtsgeschäftliche Verpfändung gestellten Anforderungen entspricht[23].

V. Wirkungen. Die Wirkungen des Rechtspfandrechtes gleichen denen des Sachpfandrechtes. Hinsichtlich der Abhängigkeit des Pfandrechtes von der Forderung, der Rangordnung mehrerer Pfandrechte an demselben Recht, des Umfanges der Haftung, der solidarischen Haftung mehrerer haftender Gegenstände, der Ablösung des Pfandrechts durch Befriedigung und des Eintritts der Berechtigung zur Befriedigung aus dem Pfande gelten die Regeln des Fahrnispfandrechts. Insoweit dem Rechtspfandrecht ein Sachbesitz entpringt, finden auch die Vorschriften über die Rechte und

---

[21] Nur mit dieser Einschränkung ist auch die Ausschliefsung der Anwendbarkeit des § 1208 durch § 1273 Abs. 2 S. 2 des B.G.B. zu verstehen. Ein durch Eintragung redlich erworbenes Pfandrecht an einer Buchhypothek oder Buchgrundschuld geht einem an ihr bestehenden, aber irrtümlich gelöschten älteren Niefsbrauch oder Pfandrecht vor. Ebenso ist der, dem ein nach § 1155 legitimierter Briefbesitzer ein Briefgrundpfandrecht gehörig verpfändet, gegen ältere nicht ersichtliche und ihm unbekannte Rechte geschützt. Vgl. Cosack (3. Aufl.) § 251 II 2 b, Lehmann, B.R. II 371 ff., Biermann Bem. 2 a. Auch bei der Verpfändung eines Orderpapiers durch einen legitimierten Indossatar gilt Gleiches. Bei Inhaberpapieren ist § 1208 nach § 1293 voll anwendbar.

[22] B.G.B. § 233. Dazu kommen die gesetzlichen Pfandrechte der Schiffsgläubiger an der Fracht nach H.G.B. § 756—758, 771—772, B.Sch.G. § 104. — Kein Pfandrecht ist das durch H.G.B. § 399 dem Kommissionär gewährte Recht, sich vorzugsweise aus den für Rechnung des Kommittenten erworbenen Forderungen zu befriedigen, da diese Forderungen ihm selbst zustehen.

[23] Eintragung bei Reallastberechtigungen und Buchgrundpfandrechten (oben § 162 S. 897 Anm. 5); Herstellung des Pfandbesitzes an der Urkunde bei Briefgrundpfandrechten (oben § 161 IV 3 S. 894) und allen in Wertpapieren verkörperten Rechten (unten Anm. 52); Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner bei schlichten Forderungen; blofse Zustellung des gerichtlichen Verfügungsverbots an den gepfändeten Berechtigten in anderen Fällen (z. B. bei Urheberrechten); vgl. C.Pr.O. § 829 Abs. 3, § 830, § 857 Abs. 2 u. 6.

Digitized by Google

Pflichten aus dem Pfandbesitz Anwendung. In einigen Punkten aber treten Besonderheiten ein.

1. Die Nutzungen des verpfändeten Rechts gebühren dem Pfandgläubiger stets nur kraft besonderer Einräumung. Eine Vermutung für die Bestellung eines Nutzungspfandrechtes besteht auch dann nicht, wenn das Recht seiner Natur nach Früchte trägt[24].

2. Insoweit das belastete Recht einen Anspruch auf die Leistung eines Dritten begründet, tritt dem Verpflichteten gegenüber der Pfandgläubiger in gleicher Weise, wie im Falle der Übertragung des Rechts der Erwerber, in die Rechtsstellung des Berechtigten ein[25].

3. Die Befriedigung aus dem Recht kann der Pfandgläubiger nach der gesetzlichen Regel nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen[26]. Doch ist die Ausbedingung eines Selbst-

[24] B.G.B. § 1273 Abs. 2 S. 2 (Ausschließung des § 1213 Abs. 2). Somit gewährt die Verpfändung einer verzinslichen Forderung keinen Anspruch auf die Zinsen, die einer Aktie oder eines Kuxes keinen Anspruch auf die Gewinnanteile, die eines Urheberrechts keinen Anspruch auf den Ertrag. Auch die Verpfändung des Rechtes zur Ausübung eines Nießbrauchs begründet an sich nur eine Haftung, nicht ein Bezugsrecht hinsichtlich der Nutzungen. Steht dem Pfandgläubiger das Nutzungsrecht zu, so gilt § 1214.

[25] B.G.B. § 1275. Ganz wie der Rechtsnießbraucher nach § 1070. Es gilt das oben § 147 S. 691 Anm. 62 Gesagte (auch hinsichtlich des Zeitpunktes, in dem die Anordnung oder Aufhebung einer Sicherungsverwaltung dem Verpflichteten gegenüber wirksam wird). Dabei ist jedoch zu beachten, dafs bei dem Forderungspfandrecht, insoweit es nach § 1280 erst durch Anzeige an den Drittschuldner entstanden ist, die Schutzvorschriften der § 406—408 gegenstandslos sind.

[26] B.G.B. § 1277. Die Befriedigung erfolgt dann in gleicher Weise, wie auf Grund vollzogener Pfändung. Also bei einer Geldforderung durch gerichtliche Überweisung, die nach Wahl des Gläubigers entweder zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwert stattfindet, nach C.Pr.O. § 835—846; bei einem Anspruch auf eine körperliche bewegliche Sache durch gerichtliche Anordnung der Herausgabe an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher und Verwertung der Sache nach den Regeln für die Verwertung gepfändeter Sachen, C.Pr.O. § 847; bei einem Anspruch auf eine unbewegliche Sache durch Anordnung der Herausgabe an einen gerichtlichen Sequester und Zwangsvollstreckung in die Sache (eventuell auch Eintragung der durch Auflassung an den Sequester entstandenen Sicherungshypothek, oben § 163 S. 900 Anm. 14), C.Pr.O. § 848; bei sonstigen Vermögensrechten in entsprechender Weise, unter Vorbehalt besonderer Anordnungen, wie Zwangsverwaltung, bei einem nur der Ausübung nach belastbaren Recht, C.Pr.O. § 857. — Die Regel des § 1277 B.G.B. wird aber bei allen Forderungsrechten durch das dem

Digitized by Google

befriedigungsrechtes im Wege des Pfandverkaufes zulässig[27]. Der Verfallvertrag ist auch hier nichtig[28].

VI. Übertragung. Die Übertragung des Rechtspfandrechts erfolgt in gleicher Weise, wie die des Pfandrechts an einer beweglichen Sache, durch Übertragung der Forderung[29].

VII. Beendigung. Das Rechtspfandrecht erlischt aus denselben Gründen, aus denen das Fahrnispfandrecht erlischt[30]. Es erlischt insbesondere, wenn zur Bestellung die Übergabe einer Sache erforderlich war, auch durch Rückgabe der Sache[31]. Ebenso erlischt es durch Untergang seines Gegenstandes. Allein das belastete Recht ist, solange das Pfandrecht an ihm besteht, gegen jede rechtsgeschäftliche Aufhebung oder Schwächung ohne Zustimmung des Pfandgläubigers und gegen den Untergang durch Vereinigung gefeit[32].

VIII. Forderungspfandrecht. Besonderheiten gelten für das Forderungspfandrecht, dem das Pfandrecht an dem rein dinglichen Gläubigerrecht aus Grundschuld oder Rentenschuld gleichsteht[33]. Von der zur Bestellung erforderlichen Kundmachung war schon die Rede[34]. Im übrigen treten bei dieser wichtigsten Art des Rechtspfandrechts besondere Wirkungen ein.

1. Einziehungsrecht. Der Pfandgläubiger hat hier behufs Befriedigung aus dem Pfande neben dem Recht, auf Grund eines

---

Pfandgläubiger fakultativ zustehende Selbsteinziehungsrecht durchbrochen; vgl. unten VIII 1.

[27] Nur dürfen vor Eintritt der Verkaufsberechtigung auch hier die zwingenden Vorschriften über Vornahme einer öffentlichen Versteigerung, Bekanntmachung des Termins und Verwertung von Gold- und Silbersachen nicht wegbedungen werden; § 1277 S. 2 mit § 1245 Abs. 2.

[28] B.G.B. § 1277 S. 2; ebenso nach bisherigem Recht; Seuff. XLI Nr. 177.

[29] Dies gilt auch für das Pfandrecht an einem in das Grundbuch eingetragenen und an einem wertpapiermäfsig verbrieften Recht; doch kann der neue Pfandgläubiger dort die Eintragung (Grdb.O. § 26 Abs. 2) und hier die Herausgabe der Urkunde (gemäfs § 1251) verlangen. Entsprechende Regeln gelten bei gesetzlichem Übergange der Forderung, bei ihrer Belastung und bei ihrer Pfändung (oben S. 1008 Anm. 7 u. 10).

[30] Untergang der Forderung, Aufhebung, Vereinigung usw.; Anspruch auf Aufhebung nach § 1266 S. 2.

[31] B.G.B. § 1278 mit Verweisung auf § 1253.

[32] B.G.B. § 1276; wie beim Niefsbrauch, vgl. oben § 147 S. 692 Anm. 63 u. 65.

[33] B.G.B. § 1279 u. § 1291.

[34] Oben Anm. 17 mit Anm. 14, 15 u. 20. Die Vorschrift des § 1260 findet auch bei Grund- und Rentenschulden Anwendung, wenn Ansprüche auf rückständige Zinsen oder Renten verpfändet werden.

Digitized by Google

vollstreckbaren Titels die Zwangsvollstreckung in die verhaftete Forderung zu betreiben, ein selbständiges Recht, die verhaftete Forderung einzuziehen[35]. Doch hat unter mehreren Pfandgläubigern nur der erste das Einziehungsrecht[36]. Die gesetzlichen Regeln über das Einziehungsrecht sind der vertragsmäfsigen Abänderung fähig, so dafs also das Einziehungsrecht wegbedungen oder neben ihm oder statt seiner ein Verkaufsrecht ausbedungen werden kann[37].

2. Verhältnis zum Schuldner. Demgemäfs ist je nach der Lage des Einziehungsrechtes die Verteilung der Rechtsmacht zwischen Stammgläubiger und Pfandgläubiger dem Schuldner gegenüber ungleich geordnet.

a. Von vornherein sind nach der gesetzlichen Regel zum Empfange der geschuldeten Leistung nur beide Gläubiger zu gesamter Hand legitimiert. Der Schuldner kann nur an beide gemeinschaftlich leisten, jeder von ihnen kann eine derartige Leistung verlangen[38]. Auch ist die Kündigung des Schuldners nur wirksam, wenn sie jedem von beiden erklärt wird, während die Kündigung an den Schuldner lediglich vom Stammgläubiger ausgehen kann und nur, wenn dem Pfandgläubiger die Nutzungen gebühren, an dessen Zustimmung gebunden ist[39].

b. Nach dem Zeitpunkte, in dem die gesicherte Forderung fällig geworden und, wenn sie nicht auf Geld lautet, in eine Geldforderung übergegangen ist, verstärkt sich nach der ge-

[35] Das Einziehungsrecht des Forderungspfandgläubigers ist auch dem gemeinen Recht und vielen Partikulargesetzen bekannt, von denen manche deshalb die Forderungsverpfändung als eine bedingte und beschränkte Zession konstruieren; so Sächs. Gb. § 503, Hannov. Pf.G. § 50, Weim. § 4, Hess. Art. 171, Oldenb. Art. 27, Rudolst. § 1; ebenso Manche für das gemeine Recht (z. B. Dernburg, Pand. I § 293, a. M. Windscheid § 239 Anm. 10). Ohne derartige Konstruktion Braunschw. Pf.G. § 15 mit § 10 Abs. 2, Anhalt § 31. Kein Einziehungsrecht nach Code civ. Art. 2075, 2078, Württemberg. Pf.G. Art. 254 ff., 256.

[36] B.G.B. § 1290. Das Recht, im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung aus der Forderung zu suchen, hat auch der nachstehende Pfandgläubiger.

[37] B.G.B. § 1284. Dabei gelten aber die oben Anm. 27 bezeichneten Schranken.

[38] B.G.B. § 1281. Statt der Leistung kann, wie nach § 432 bei einem Anspruch Mehrerer auf eine unteilbare Leistung, jeder verlangen, daſs die geschuldete Sache für beide hinterlegt oder, wenn hierzu ungeeignet, an einen nach Freiw. G.G. § 165 gerichtlich zu bestellenden Verwalter abgeliefert werde.

[39] B.G.B. § 1283 Abs. 1 u. 2.

Digitized by Google

setzlichen Regel die Rechtsmacht des Pfandgläubigers. Er kann jetzt die verhaftete Forderung einseitig einziehen, und der Schuldner kann nur an ihn leisten. Ist sie eine Geldforderung, so hat der Pfandgläubiger das Einziehungsrecht nur in Ansehung des zu seiner Befriedigung erforderlichen Betrages, kann aber insoweit auch die Abtretung der Forderung an Zahlungsstatt verlangen. Auch ist nunmehr der Pfandgläubiger so gut wie der Stammgläubiger legitimiert, eine Kündigung zu empfangen oder zu erklären. Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist der Pfandgläubiger auch jetzt nicht berechtigt[40].

c. Durch Vereinbarung zwischen dem Stammgläubiger und dem Pfandgläubiger kann die Rechtsmacht des letzteren verengert oder erweitert, insbesondere ihm die Befugnis zur Miteinziehung oder Einziehung genommen oder die Befugnis zur Verfügung über die Forderung durch Verkauf eingeräumt werden[41].

d. Die gesetzliche oder vertragsmäfsige Rechtsverteilung zwischen Stammgläubiger und Pfandgläubiger hat dingliche Wirkung. Der Schuldner kann sich jedoch, wenn er an den nicht oder nicht allein Berechtigten leistet oder sonst mit einem solchen sich einläfst, insoweit auf seinen guten Glauben berufen, als ihm eine ohne Anzeige zustande gekommene Verpfändung nicht angezeigt ist oder aus der Verpfändungsanzeige ein für die Rechtsmacht des Pfandgläubigers bedeutungsvoller Umstand oder eine darüber getroffene Vereinbarung nicht erhellt[42].

3. Verhältnis zwischen Stammgläubiger und

---

[40] B.G.B. § 1282 u. § 1283 Abs. 3. Der Pfandgläubiger kann also die Forderung nicht abtreten, belasten, stunden oder erlassen; doch wird man ihm die Befugnis zugestehen müssen, mit der Forderung aufzurechnen und auch sonst insoweit über sie zu verfügen, als dadurch in gleicher Weise wie durch Einziehung die gesicherte Forderung getilgt wird; Falkmann b. Gruchot XLIV 109 ff., Dernburg § 280 II 2 a, Kober zu § 1282 Bem. II 2 b; hinsichtlich der Aufrechnung auch H. Lehmann § 132 Z. 4, Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 141 ff.; a. M. Planck Bem. 1, Turnau-Förster Bem. 3, teilweise auch Biermann Bem. 1 d. Die Beschränkung der Verfügungsmacht gilt auch für den Pfändungsgläubiger, dem die Forderung zur Einziehung überwiesen ist; Seuff. LX Nr. 67. — Der Stammgläubiger bleibt grundsätzlich zu Verfügungen befugt, kann aber ohne Zustimmung des Pfandgläubigers die Forderung nicht aufheben oder nachteilig verändern (oben Anm. 32).

[41] B.G.B. § 1284; oben Anm. 37.

[42] In diesen Fällen sind die § 406—408 anwendbar. So z. B. auch, wenn ihm der Zeitpunkt des Eintrittes der Fälligkeit der gesicherten Forderung oder die Beschaffenheit des Pfandrechts als Nutzungspfandrecht nicht angezeigt ist.

Digitized by Google

Pfandgläubiger. Zwischen Pfandgläubiger und Stammgläubiger entsteht eine Gemeinschaft, die einen jeden von ihnen verpflichtet, im Interesse des anderen ordnungsmäfsig zu verfahren. Beide müssen zur Einziehung mitwirken, wenn die Leistung nur an beide gemeinschaftlich erfolgen kann und die Forderung fällig ist. Der Pfandgläubiger mufs, wenn er zur einseitigen Einziehung befugt ist, für die ordnungsmäfsige Einziehung sorgen und den Stammgläubiger tunlichst sofort benachrichtigen. Ist die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäfsigen Vermögensverwaltung geboten und hierzu eine Kündigung erforderlich, so kann der Pfandgläubiger, wenn ihm das Kündigungsrecht nicht zusteht, vom Stammgläubiger die Kündigung, der Stammgläubiger, wenn er zur Kündigung der Zustimmung des Pfandgläubigers bedarf, diese Zustimmung verlangen[43].

4. Wirkung der Leistung des Schuldners. Wenn der Schuldner an den Stammgläubiger und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich oder an den einziehungsberechtigten Pfandgläubiger leistet, so tritt der geleistete Gegenstand an Stelle der durch Erfüllung erloschenen Forderung. Mit der Leistung erwirbt daher von Rechts wegen der Stammgläubiger das Eigentum an der geleisteten Sache oder das geleistete Recht und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an der Sache oder dem Recht[44]. Wird eine Geldforderung eingezogen, so sind Stammgläubiger und Pfandgläubiger verpflichtet, dazu mitzuwirken, dafs der Betrag mündelsicher verzinslich angelegt und an der neu begründeten Forderung dem Pfandgläubiger ein Pfandrecht bestellt werde[45]. Soweit jedoch der Pfandgläubiger die Geldforderung zu seiner Befriedigung eingezogen hat, gilt seine Pfandforderung als vom Stammgläubiger berichtigt[46].

5. Erstreckung auf die Zinsen. Das Pfandrecht an einer Forderung erstreckt sich auf ihre vertragsmäfsigen und gesetzlichen Zinsen. Der Pfandgläubiger hat daher zwar, falls

[43] B.G.B. § 1285—1286.

[44] B.G.B. § 1287. An einem geleisteten Grundstück erwirbt der Pfandgläubiger zugleich mit dem Eigentumserwerbe des Stammgläubigers, wie schon oben § 163 S. 900 Anm. 14 erwähnt ist, eine Sicherungshypothek.

[45] B.G.B. § 1288 Abs. 1. Die Art der Anlegung bestimmt der Stammgläubiger. Die Anlegung kann nur verlangt werden, soweit sie ohne Beeinträchtigung des Interesses des Pfandgläubigers tunlich ist.

[46] B.G.B. § 1288 Abs. 2. Das eingezogene Geld wird also als Pfanderlös behandelt. Was aber zu viel eingezogen ist, gilt nach § 1282 Abs. 1 S. 2 nicht als Mehrerlös, sondern als vom Nichtgläubiger empfangen.

Digitized by Google

ihm nicht ein Nutzungspfandrecht eingeräumt ist, keineswegs ein Recht auf den Zinsgenufs, kann sich aber in gleicher Weise an die Zinsforderung wie an die Hauptforderung halten. Doch wird die Zinsforderung unter denselben Voraussetzungen, unter denen die Befreiung der Miets- und Pachtzinsforderungen von der Haftung kraft eines Grundpfandrechtes eintritt, von der Pfandhaftung befreit[47].

IX. Pfandrecht an Wertpapieren. Das Pfandrecht an einem Wertpapier ist ein Rechtspfandrecht, das im Gewande eines Sachpfandrechts erscheint. Das Wertpapier wird nicht, wie eine schlichte Urkunde, von einem am verbrieften Recht bestehenden Pfandrecht ergriffen, sondern bildet den Gegenstand eines Faustpfandrechtes, das die Haftung des verbrieften Rechtes vermittelt. Darum ist zur Bestellung dieses Pfandrechts stets die Einräumung des Pfandbesitzes am Papier erforderlich[48], während durch Rückgabe des Papiers das Pfandrecht erlischt. Gehören zu dem Papier Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine, so müssen, damit sich das Pfandrecht am Hauptrecht auf die besonders verkörperten Nebenrechte erstrecke, auch diese Scheine gehörig übergeben und nicht zurückgegeben sein[49]; der Verpfänder aber kann mangels anderer Bestimmung die Herausgabe der Scheine verlangen, soweit sie vor Eintritt der Pfandverwertungsbefugnis des Pfandgläubigers fällig werden[50]. Als körperliche Sachen unterliegen die Wert-

---

[47] B.G.B. § 1289 mit § 1123 Abs. 2, 1124 u. 1125; oben § 159 III 4a S. 863 ff. Statt der Beschlagnahme wirkt hier die Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner, dafs er von seinem Einziehungsrecht Gebrauch mache, sperrend. Die fällige Zinsforderung wird also durch Ablauf eines Jahres vor solcher Anzeige frei; bis zur Anzeige kann der Stammgläubiger allein die Zinsen einziehen und die Zinsforderung frei übertragen; doch wirkt die Befreiung vorauszuzahlender Zinsen und die Vorausverfügung über künftig fällig werdende Zinsen nur für das laufende und das folgende Vierteljahr.

[48] Sind vertretbare Wertpapiere einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes als Pfand übergeben, so treten zu den Pflichten aus dem Pfandbesitz die besonderen Pflichten aus dem Depotgesetz (gesonderte Aufbewahrung und gehöriges Stückverzeichnis) und § 8 (Kundmachung, dafs die Papiere fremde seien, bei Ausantwortung an Dritte) hinzu.

[49] B.G.B. § 1296 S. 1 (mit § 1278). Vgl. auch § 234 Abs. 2. Ebenso Schweiz. O.R. Art. 216 Abs. 3; R.Ger. XXIII 268.

[50] B.G.B. § 1296 S. 2. So bei Wertpapieren, die lombardiert oder als Kaution hinterlegt sind. Ebenso bei den behufs Sicherheitsleistung hinterlegten Wertpapieren, an denen ein gesetzliches Pfandrecht besteht; Planck zu § 234 Bem. 3, Biermann zu § 1296 Bem. 2, Rspr. d. O.L.G. IV 371. Mit der Herausgabe erlischt das Pfandrecht. Die Wegbedingung des Herausgabe-

Digitized by Google

papiere und folgeweise zugleich die in ihnen verbrieften Rechte auch gesetzlichen Pfandrechten[51]. Die Pfändung endlich wird stets durch gerichtliche Besitznahme vollzogen[52].

Im übrigen werden je nach der Beschaffenheit des Wertpapiers die Grundsätze des Rechtspfandrechtes in ungleichem Mafse von den Grundsätzen des Sachpfandrechtes zurückgedrängt.

1. Bei Rektapapieren bleibt überwiegend der Charakter des Pfandrechts als Rechtspfandrecht mafsgebend. Die Verpfändung fordert aufser der Übergabe des Papiers, neben der, wenn ein Forderungspfandrecht in Frage steht, eine Anzeige an den Schuldner nicht nötig ist, einen auf das verbriefte Recht gerichteten und nach den für dessen Übertragung geltenden Vorschriften wirksamen Verpfändungsvertrag[53]. Die Wirkungen des Pfandrechts in Ansehung der Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande bestimmen sich ausschliefslich nach den für das Rechtspfandrecht geltenden Regeln[54].

2. Bei Orderpapieren findet eine stärkere Annäherung an das Sachpfandrecht statt. Zur Verpfändung genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Übergabe des indossierten Papiers[55]. Wird dazu die Form des Vollindossaments benutzt, so erlangt der Pfandgläubiger zwar die Legitimation als Eigentümer, erwirbt aber gleichwohl nur Pfandrecht, während das Eigentum bei dem Verpfänder bleibt[56]. Das Indossament kann aber auch als blofses Verpfändungsindossament gekennzeichnet

---

anspruchs kann entweder nur Fortdauer der Pfandhaftung oder aber Gewährung eines Nutzungspfandrechts bezwecken.

[51] So dem gesetzlichen Pfandrecht des Kommissionärs, das insbesondere an den für Rechnung des Kommittenten angeschafften Wertpapieren in dem Augenblicke entsteht, in dem das Eigentum durch Absendung des Stückverzeichnisses nach Depotges. § 7 auf den Kommittenten übergeht. Ferner nach B.G.B. § 233.

[52] Oben § 110 S. 137, § 111 S. 153, § 112 S. 166; Jacobi, Wertpapiere S. 19.

[53] Oben § 110 S. 137 Anm. 33; Jacobi a. a. O. S. 244 ff.

[54] Mangels anderer Abrede hat also der Pfandgläubiger kein Verkaufsrecht, sondern nur den Anspruch auf Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung und bei Forderungspapieren das Einziehungsrecht. Die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt nach denselben Regeln, die für die Realisierung des Pfändungspfandrechtes gelten; vgl. oben § 110 S. 137 Anm. 34.

[55] B.G.B. § 1292; oben § 111 S. 150 Anm. 37. Der gute Glaube an die Berechtigung des legitimierten Papierinhabers wird dabei geschützt; oben § 111 S. 146 und hier Anm. 21.

[56] Oben § 111 S. 150—153.

Digitized by Google

werden und begründet dann für den Besitzer auch die Legitimation nur als Pfandgläubiger[57]. Daneben bleibt die Verpfändung durch gewöhnlichen Verpfändungsakt und Einräumung des Pfandbesitzes möglich[58]. Die Wirkungen des Pfandrechts an einem Orderpapier sind die des Rechtspfandrechtes[59]. Doch hat einmal, wenn das Papier ein Wechsel oder ein sonstiges Forderungspapier ist, der Pfandgläubiger nicht nur nach Eintritt seines Pfandverwertungsrechtes, sondern schon vorher das alleinige Einziehungsrecht nebst Kündigungsrecht, weshalb auch schon vorher der Schuldner nur an ihn leisten kann[60]. Sodann aber steht, wenn das Papier einen Börsen- oder Marktpreis hat, dem Pfandgläubiger nach Eintritt des Pfandverwertungsrechtes auch das Recht des Pfandverkaufes nach den für Sachen mit Börsen- oder Marktpreis geltenden Regeln zu[61].

3. Bei Inhaberpapieren gelten durchaus die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen[62]. Die Verpfändung

---

[57] Oben § 111 S. 150 Anm. 38.

[58] Oben § 111 S. 147 Anm. 21; vgl. Cosack § 271 II 1, Staub S. 1192 Anm. 12—13, Jacobi S. 254, Biermann zu § 1292 Bem. 3, Planck Bem. 5, Kober Bem. 3. — Über die Pfändung durch Besitznahme oben S. 153 Anm. 48.

[59] Über die Art der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung bei Wechseln und anderen indossablen Forderungspapieren einerseits, bei indossablen Mitgliedschaftspapieren andererseits vgl. oben § 111 S. 153 Anm. 49 bis 50.

[60] B.G.B. § 1294. Dies gilt auch bei der Verpfändung ohne Indossament; Staub S. 1202 Anm. 67, Planck zu § 1294 Bem. 1, Kober Bem. 1; a. M. Biermann zu § 1297. Nur kann in solchem Falle der Schuldner alle ihm gegen den Eigentümer zustehenden Einwendungen geltend machen, während er gegenüber dem Pfandindossatar auf die Einwendungen beschränkt ist, welche die Gültigkeit seiner Erklärung im Papier betreffen oder sich aus dem Inhalt des Papiers ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Kläger zustehen. — Natürlich erwirbt der Pfandgläubiger aus einer vor Eintritt des Pfandverwertungsrechts an ihn erfolgten Leistung auch an Geld nur Pfandrecht; dabei ist § 1288 Abs. 1 anwendbar.

[61] B.G.B. § 1295. Der Pfandgläubiger hat also bei einem indossablen Forderungspapier, falls es einen Markt- oder Börsenpreis hat, die Wahl zwischen Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung, Einziehung und Pfandverkauf, sonst nur zwischen Zwangsvollstreckung und Einziehung. Bei einem indossablen Mitgliedschaftspapier, das einen Markt- oder Börsenpreis hat, kann er zwischen Zwangsvollstreckung und Pfandverkauf wählen, während er, wenn das Papier keinen Markt- oder Börsenpreis hat, auf den Vollstreckungsanspruch beschränkt ist.

[62] B.G.B. § 1293. Ebenso hinsichtlich der Pfändung C.Pr.O. § 821. Vgl. oben § 112 S. 166, § 170 III 3 S. 973 ff..

Digitized by Google

erfolgt durch Einigung und Einräumung des Pfandbesitzes; dabei tritt der fahrnisrechtliche Schutz des gutgläubigen Erwerbes mit der Erweiterung auf abhanden gekommene Papiere ein. Die Wirkungen des Pfandrechts sind die des Sachpfandrechts: nur hat bei Forderungspapieren der Pfandgläubiger auch das Einziehungsrecht[63].

X. Rechtsabtretung zur Sicherung. Gleich der Eigentumsübertragung zur Sicherung ist eine Rechtsabtretung zur Sicherung zulässig[64]. Sie kann unter der auflösenden Bedingung der Befriedigung wegen einer Forderung oder unter Ausbedingung der Rückabtretung für diesen Fall, aber auch unter der aufschiebenden Bedingung der Nichtbefriedigung erfolgen. Handelt es sich um ein in einem Wertpapier verkörpertes Recht, so wird die Abtretung zur Sicherung durch bedingte oder beschränkte Übereignung des Papiers vermittelt[65]. Eine Sicherungsübereignung liegt auch vor, wenn vertretbare Wertpapiere mit der Abrede verpfändet werden, dafs nur Wertpapiere gleicher Art zurückgegeben zu werden brauchen. Wird dabei das Eigentum sofort übertragen, so entsteht überhaupt kein Pfandrecht[66]. Hängt der Eigentumserwerb des Pfandgläubigers von einer ihm gestatteten Aneignung ab oder tritt die Entbindung von der Verpflichtung zur Rückgabe derselben Stücke überhaupt nur im Falle einer dem Pfandgläubiger gestatteten Verfügung ein, so verbindet sich mit der Verpfändung eine aufschiebend bedingte Übereignung[67]. In jedem Falle bedarf es zu einer derartigen Vereinbarung, wenn sie bei der Ver-

---

[63] B.G.B. § 1294; oben § 112 S. 169. Er hat das Einziehungsrecht auch hier schon vor Eintritt der Verkaufsberechtigung; so auch hinsichtlich der nach § 1296 herauszugebenden Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, hier aber mit der Verpflichtung zur Herausgabe des Empfangenen. Nach Eintritt der Verkaufsberechtigung hat er das Einziehungsrecht behufs Befriedigung, daneben aber stets das Recht des Pfandverkaufes, das er jedoch, wenn das Papier keinen Markt- oder Börsenpreis hat, nur im Wege der öffentlichen Versteigerung ausüben kann.

[64] R.Ger. XXIV Nr. 10 u. 30, XXX Nr. 80; Seuff. XLV Nr. 84; Schöninger, Arch. f. c. Pr. XCVI 198 ff.

[65] Bei Orderpapieren eignet sich hierzu der Weg des fiduziarischen Indossaments; oben § 111 S. 151, Jacobi S. 62.

[66] Das sogenannte pignus irregulare ist so wenig hier, wie bei der Übereignung von Geld, ein Pfandrecht. Denn aufser dem Eigentumsübergange gehört keine der eintretenden Rechtswirkungen dem Sachenrecht an.

[67] Macht der Pfandgläubiger von dem Aneigungsrechte Gebrauch, so erlischt das hierdurch auflösend bedingte Pfandrecht und tritt das in der vor. Anm. bezeichnete Verhältnis ein.

Digitized by Google

pfändung an einen Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes getroffen wird und der Verpfänder nicht gewerbsmäfsig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, einer vom Verpfänder ausdrücklich und schriftlich für das einzelne Geschäft abgegebenen Erklärung[68].

[68] Depotges. § 2. Die Bestimmung gilt in gleicher Weise für eine derartige Ermächtigung bei der Hinterlegung. Für den Fall der Hinterlegung macht das B.G.B. § 700 Abs. 2 allgemein die Vereinbarung, dafs nur Wertpapiere gleicher Art zurückgegeben zu werden brauchen, von ausdrücklicher Erklärung abhängig. Man wird diese Vorschrift auf den Fall der Verpfändung entsprechend anzuwenden kaben.

Digitized by Google

Digitized by Google

Systematisches Handbuch

der

Deutschen Rechtswissenschaft.

Unter Mitwirkung

der

Professoren **Dr. H. Brunner** in Berlin, **Dr. V. Ehrenberg** in Göttingen, **Dr. O. Gierke** in Berlin, des General-Procurators **Dr. J. Glaser**, früher in Wien, der Professoren **Dr. C. S. Grünhut** in Wien, **Dr. A. Haenel** in Kiel, **Dr. A. Heusler** in Basel, **Dr. P. Krüger** in Bonn, **Dr. F. v. Martitz** in Berlin, **Dr. O. Mayer** in Leipzig, **Dr. A. Mendelssohn Bartholdy** in Leipzig, **Dr. L. Mitteis** in Leipzig, **Dr. Th. Mommsen**, früher in Berlin, **Dr. F. Oetker** in Würzburg, **Dr. M. Pappenheim** in Kiel, **Dr. F. Regelsberger** in Göttingen, **Dr. Lothar Seuffert** in München, **Dr. R. Sohm** in Leipzig, **Dr. E. Strohal** in Leipzig, **Dr. A. v. Tuhr** in Strafsburg, **Dr. A. Wach** in Leipzig, **Dr. R. Wagner**, früher in Leipzig.

herausgegeben von

Dr. Karl Binding,

Professor in Leipzig.

Zweite Abteilung, dritter Teil, zweiter Band:

Otto Gierke, Deutsches Privatrecht. Zweiter Band.

Leipzig,

Verlag von Duncker & Humblot.

1905.

Piererache Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Digitized by Google

Digitized by Google

NOV 10 1930

Digitized by Google

Digitized by Google